جامعة النجاح الوطنية
كلية الدراسات العليا

الإقالة

فسخ العقد برضا الطرفين

دراسة مقارنة

إعداد
إبراهيم أنيس محمد يحيى

إشراف
د. علي السرطاوي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات درجة الماجستير في القانون الخاص بكلية الدراسات العليا في جامعة النجاح الوطنية في نابلس فلسطين.

2010م

الإقالة

فسخ العقد برضا الطرفين

دراسة مقارنة

إعداد

إبراهيم أنيس محمد يحيى

نوقشت هذه الأطروحة بتاريخ 2009/8/28م، وأجيزت.

<u>أعضاء لجنة المناقشة</u>	<u>التوقيع</u>
1. د. علي السرطاوي / مشرفاً ورئيساً	....
2. د. جهاد الكسواني / ممتحناً خارجياً	....
3. د. أمجد حسان / ممتحناً داخلياً	....

الإهداء

إلى من تعلمت منه أن الوصول إلى قلوب الناس وحبهم كنز لا يفنى... روح أبي الطاهرة

وإلى ميناء العشق الأزلي... أمي الحبيبة

إلى رحيق العمر المتجدد... زوجتي

إلى معين السعادة الذي لا ينضب ... أبنائي

محمد... أنيس... إيهاب... يزن

الشكر والتقدير

أتقدم بجزيل الشكر والتقدير للدكتور علي السرطاوي الذي لـــم يـــدخر جهداً حتى إتمام هذه الرسالة.

إلى أساتذتي في كلية القانون.

الإقــرار

أنا الموقع أدناه مقدم الرسالة التي تحمل العنوان:

الإقالـة
فسخ العقد برضا الطرفين
دراسة مقارنـة

أقر بأن ما اشتملت عليه هذه الرسالة إنما هي نتاج جهدي الخاص، باستثناء مــا تمــت الإشارة إليه حيثما ورد، وأن هذه الرسالة ككل، أو أي جزء منها لم يقدم من قبل لنيل أية درجة علمية أو بحث علمي أو بحثي لدى أية مؤسسة تعليمية أو بحثية أخرى.

Declaration

The work provided in this thesis, unless otherwise referenced, is the researcher's own work, and has not been submitted elsewhere for any other degree or qualification.

Student's name: **اسم الطالب:**

Signature: **التوقيع:**

Date: **التاريخ:**

فهرس المحتويات

الإقالة

فسخ العقد برضا الطرفين

دراسة مقارنة

إعداد

إبراهيم أنيس محمد يحيى

إشراف

د. علي السرطاوي

الملخص

الإقالة وليدة التقاء الإرادتين وتطابقهما على رفع العقد السابق بين المتعاقدين وهي ترد على العقد الصحيح الخالي من الخيار، ودون الإخلال بالالتزامات الناشئة عن العقد، أو وجود عيب، إذ إنها تستمد مشروعيتها من سماحة الدين ويسر تعاليمه، وسببها ندم المتعاقدين أو أحدهما عل الصفقة المبرمة بينهما، ويغلفها الرضا الكامل بين المتعاقدين إذ يترتب عليها رجوع كل من العوضين لصاحبه.

لذلك عمد الباحث في سياق الفصل التمهيدي إلى تناول العقد باعتباره أكثر المصادر الإرادية أهمية، وترتيبا في إنشاء الالتزامات للوصول إلى العقد الذي ترد عليه الإقالة، فتم تناول معنى العقد في اللغة والاصطلاح ومراتب الانعقاد في الفقه والقانون والتدرج في إيضاح هذه المراتب كما بينها الفقهاء وشراح القانون، بدءاً بالعقد الصحيح والعقد الباطل والفاسد، والإقالة باعتبارها إحدى الحالات التي تؤدي لانحلال الرابطة العقدية بين المتعاقدين، فقد تم إيضاح الكيفية التي تؤدي لذلك، سواءً بطريق الانحلال أو الإنهاء أو الإبطال.

ولما كانت الإقالة عقد يرفع به العقد السابق، فقد تم في سياق الفصل الأول، تناولها بالتعريف والبحث في مشروعيتها، حيث اجمع الفقهاء على جوازها وثبوتها بالنقل والعقل، ورغم إجماع الفقهاء إلا أنهم اختلفوا في تكييف الإقالة، إذ اعتبرها البعض عقداً جديد، واعتبرها آخرون فسخ للعقد، والبعض الآخر كيفها بأنها فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق الغير، وقد تم إيضاح هذه المسائل في سياق الرسالة وتم التطرق لما أخذت به مجلة الأحكام العدلية في

تكييفها للإقالة وإيضاح القوانين التي تأثرت بهذا التكييف كالقانون الأردني الذي اخــذ معظــم أحكامها من الفقه الإسلامي والذي اعتبر أن الإقالة فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق الغير وقد ترتب على اختلاف التكييف هذا نتائج تم التطرق لها بالتفصيل.

وترتب على اعتبار الإقالة فسخ جملة من النتائج كالإقالة بالثمن الأول إذ أنها لا تجوز إلا بمثل الثمن، وبطلان شرط الزيادة أو النقصان أو خلاف الجنس، وكذلك فان حدوث زيادة في المبيع سواءً قبل القبض أو بعده متصلة أو منفصلة لها تأثير على وقوع الإقالة وصحتها فمنها ما يمنع الرد ومنها ما لا يمنعه، فان كانت الزوائد الحاصلة في المبيع قبل القبض بشــقيها تنقلــب بالإقالة إلى البائع وتصح الإقالة.

أما إذا كانت هذه الزوائد بعد القبض سواءً متصلة أو منفصلة تؤثر على صحة الإقالــة فتبطل بالزيادة المنفصلة، أما الزيادة المتصلة فإنها لا تمنع الإقالة إذا وجد الرضا ممن له الحــق في الزيادة، وكذلك ترتب على اعتبار الإقالة فسخاً نتائج منها عدم إعادة الكيل والوزن وصحة هبة المقال فيه.

وبالمقابل فان اعتبار الإقالة بيع رتب جمله من الفوائد كحصول الشــفعة فيمــا رد فــي الإقالة، ومنع رجوع الواهب وهلاك عروض التجارة وتعيب المبيع.

وفي ختام الفصل الأول كان لا بد من إيضاح بعض المفــاهيم ذات الصــلة بالإقالــة، للوقوف على معناها، والتمييز بينها وبين الإقالة كالفسخ والانفساخ، وما يطلق عليه في القــانون المصري (التفاسخ) فتم التطرق لتعريف الفسخ وإيضاح أنواعه، وأحكامه وكان لا بد من إيضاح الفرق بين ما اتجه إليه الفقه الإسلامي في تعريفه للفسخ وبين ما ذهب إليــه القــانون الأردنــي والمصري سيما وأن الفقه الإسلامي لم يجز فسخ العقد بمجرد الإخلال إذ أن الأصل أن الدائن لا يطالب بفسخ العقد إذا اخل المدين بالتزامه بل يطالب بتنفيذ العقد احتراما لإلزاميــة العقــود وفي حال تعذر التنفيذ العيني نلجأ للتعويض، أما القانون المصري والأردنــي فقــد اعتبــرا أن إخلال أحد أطراف العقد يجيز للعاقد الآخر فسخ العقد، إضافة للفسخ فقد تم التطــرق للانفســاخ

بقوة القانون وأخيرا قام الباحث بتناول مفهوم التفاسخ المعروف في القانون المصــــري إلا أن المشرع المصري لم ينظم للتفاسخ أو التقايل أحكاما خاصة به وإنما أخضعها للقواعد العامة.

إن الحديث عن قوام الإقالة يعني بالضرورة الحديث عن عقد متكامل له من الأركـــان والشروط ما للعقود الأخرى، لذلك فقد جاء الفصل الثاني مشتملاً على أركان الإقالة وشـــروط صحتها ونطاقها والألفاظ التي تنعقد بها، والمحل الذي يصح أن ترد عليه الإقالة إذ أنه ليست كل العقود تصح لأن تكون محلاً للإقالة، فالعقود اللازمة كالبيع والإيجار ورخصة الشفعة تصـــح أن تكون محلاَ للإقالة باستثناء الطلاق والزواج والوقف. وعليه فإن الإقالة جـــائزة فـــي جميـــع العقود الصحيحة اللازمة باستثناء ما ذكر. وهذا هو الحكم في الفقه الإسلامي ومـــا أخـــذ بـــه المشرع الأردني، وقد تم إيضاح شروط صحة الإقالة في الفقه الإسلامي حيث اشترطت مجلة الأحكام العدلية كمال الرضا وخيار المجلس وقيام المبيع ووجوده وقت الإقالـــة، لأن الهالـــك يترتب عليه انعدام المحل أما هلاك الثمن فلا يترتب عليه هذا الأثر، فتصح الإقالة مع هلاكـــه وكذلك فإن التقابض في الصرف شرط لصحة الإقالة.

وبعد التعرف على ما يشترط لصحة الإقالة فإن من الضرورة بمكان التعـــرف علـــى أحكامها التي تنفرد بها، إذ تناول الباحث في القسم الأخير من هذا الفصل أحكام الإقالـــة فـــتم تناول ملكية الإقالة مع بعض الاستثناءات عليها، وكذلك إقالة الإقالة أي إلغاء العقد والعودة إلـــى أصل العقد ومدى جواز ذلك إذ أن الفقه أجاز إقالة الإقالة. وتأثر بذلك القانون الأردني بالرغم من الاختلاف في بعض الآراء الفقهية حول ذلك وقد يحدث اختلاف بين المتعاقدين كالاختلاف في عقد البيع سواءً كان هذا الاختلاف في حدوث الإقالة أو في الثمن فإذا اختلفا فـــي حـــدوثها فبينه مدعي الإقالة راجحة على بينة مدعي البيع وإذا كان الاختلاف في مقدار الثمن ففي الأمر خلاف وقد أخذ القانون الأردني بما ذهب إليه الفقه الحنفي والمالكي بضرورة التحالف استناداً لما ورد في مجلة الأحكام.

ولا بد في هذا المقام وبعد التعرف على شروط صحة الإقالة مـــن تنـــاول موانـــع الإقالة إذ أن الزيادة في المبيع المتصلة غير المتولدة والمنفصلة المتولدة بعد القبض تمنعان من

الإقالة أما الزيادة التي تحدث في المبيع قبل القبض فلا تكون من موانع الإقالة ويستوي في ذلك أن تكون متصلة أو منفصلة، وكذلك تغيير طبيعة المحل أو تبديل الاسم يعتبر مانعاً من موانع الإقالة.

وكان لا بد أن تلقي الإقالة أثارها فتناول الباحث في ذات الفصل أثارها حيث تؤدي لإزالة العقد وإلغاء الالتزامات التي ترتبت عليه (على العقد المقال منه) ونشأت بموجبه فالأصل أن لا تكون للإقالة أثر رجعي وذلك مراعاة لما قد يؤدي إليه الأثر الرجعي المستند لو ترتب على الإقالة من أضرار بالغير.

لذلك فإن أثرها تم تقييده بالنسبة للمستقبل فحسب وبهذا أخذ المشرع الأردني، إلا أن هذا لا يعني ألا يكون للإقالة أثراً رجعياً إلا أن ذلك منوط باتفاق المتعاقدين عند الإقالة إلا أن هذا الاتفاق ليس مطلقاً إذا تعلق بالغير حسن النية وكذلك إذا تعلق بالعقود الزمنية كعقد الإيجار إذا كان الزمن هو المعقود عليه لأن ما تم تنفيذه يستعصي على الرجوع فيه.

وخروجاً من جمود النظريات بات لزاماً العمل على تجسيد الإقالة في بعض العقود كالإيجار ورخصة الشعفة، وقد تناول الباحث في الفصل الثالث الإقالة في عقود المعاوضات المالية وفي الجانب الأخر منه عقود التبرعات كالهبة، فعقد الإيجار من أكثر العقود توليداً للمنازعات القضائية ويتلو البيع في الأهمية فهو عقد زمني يشكل الزمن فيه عنصراً جوهرياً فإذا ما تمت إقالته فلا يكون للإقالة أثر مستند في هذا العقد لأن ما مضى من الزمن لا يمكن إعادته لذلك تم إيضاح الكيفية التي ينتهي بها إذ ينقضي بإنقضاء مدته ويزول بالبطلان والفسخ والإقالة وقد اعتبر الفقه الإسلامي أن هذا العقد محتملاً الإقالة كالبيع وبهذا أخذ المشرع الأردني.

وفي ذات السياق تم التطرق لرخصة الشفعة ولحكم الإقالة فيها وما أخذ به القانون المدني الأردني والمصري على حد سواء وتم استعراض الاختلافات الفقهية في ذلك فقد اعتبرها البعض فسخ في حق المتعاقدين وبيع جديد في حق ثالث، أي حق الشفيع بالشفعة فيما

رود بالإقالة، وبهذا أخذ المشرع الأردني أما المشرع المصري فقد اعتبر قضاؤه أن حق الشفعة يتولد مجرد حصول البيع (التفاسخ)، بعد ذلك لا يسقط هذا الحق، لأنه لا يؤثر في حقوق الغير حسن النية.

والإقالة كما تنسحب على عقود المعاوضات تنسحب كذلك على عقود التبرعات كالهبة، التي تم تناولها بشيء من التفصيل وتم تعريفها لغة واصطلاحاً، وقد تناول الباحث حكم الإقالة في الهبة والرجوع فيها مسترشداً بما ورد في السنة حولها، وما ذهب إليه المشرع الأردني في أمكانية الرجوع بالتراضي أو اللجوء للقضاء حيث اكتفى الفقه الإسلامي في حالة الرجوع بالتقاضي لعدم وجود مانع مما يخول الواهب الرجوع في هبته دون رقيب، وبالمقابل فقد قيد المشرع الأردني رجوع الواهب بعذر مقبول وجعله متروكاً لتقدير القاضي مما يمنح الهبة قدراً من اللزوم.

تطرق الباحث في ذات الإطار لموانع الرجوع في الهبة التي جمعها الفقهاء في حروف (دمع خزقه) وترتب على الرجوع في الهبة جملة من الآثار فيما بين المتعاقدين من جهة والغير من جهة أخرى، حيث تنفسخ الهبة بأثر رجعي فيما بين المتعاقدين وتعتبر الهبة كأن لم تكن، فيتم رد الموهوب له ورجوع الواهب بالثمرات، أما فيما يتعلق بالغير فقد فرق الباحث بين ما إذا كان الموهوب عقاراً أو منقولاً، فإن كان عقاراً وتصرف بها الموهوب له تصبح الهبة لازمة، وامتنع على الواهب الرجوع ويستوي في ذلك العقار والمنقول، وفي حالة قيام الموهوب له بترتيب حق عيني للغير فإن كان سيء النية تمكن الواهب من استرداد العقار خالياً من كل حق وبالمقابل إن كان الغير حسن النية سرى حقه قبل الواهب ويسترد الواهب العقار مثقلاً بهذا الحق.

المقدمة

نظراً لأهمية العقد باعتباره من التصرفات القانونية المهمة في ميدان المعاملات، ومصدر من مصادر الالتزام، والإطار الذي تتوالد فيه الالتزامات بين الأفراد، فقد احتل مكانة بين التشريعات وبالذات في القوانين المدنية التي تناولت العقد ابتداء من النظرية العامة للالتزامات، وصولاً إلى العقود المسماة.

وبما أن العقد ارتباطاً بين المتعاقدين فإنه يرتب أثاراً والتزامات، أي إنحلال لهذا العقد يرتب آثاراً جديرة بالبحث، ولا يخفى في إطار البحث أن هناك العديد من الطرق التي تؤدي لانحلال العقد، تختلف باختلاف أسبابها وتتباين تبعاً لذلك في نتائجها وآثارها.

يدور محور هذه الرسالة حول انحلال الرابطة العقدية برضا المتعاقدين دون أن يشوب العقد خلل أو عيب وهو ما أطلق عليه الفقهاء المسلمين مصطلح (الإقالة) الذي يكتنفه الرضا المطلق بين طرفيه في إنهاء الرابطة العقدية، فبات من الضرورة بمكان تناول هذا الموضوع بالدراسة والعرض والتحليل نظراً لما لهذا العقد (الإقالة) من أثر ملموس في واقع الناس، سيما وأنهم يتعاملون بهذا العقد في حياتهم اليومية، ومنبع الأهمية في هذه الدراسة إيضاح الكيفية التي تتم بها الإقالة كي يطلع الناس على حقيقة أحكام المعاملات التي ينسجونها.

وتجدر الإشارة إلى أن فقهاء المسلمين قد آثروا بحث هذا العقد (الإقالة) في إطار تناولهم عقد البيع باعتباره من أكثر العقود التي يتعامل بها الناس (بيعاً وشراءً) وقد اختلفت الآراء في دراسة هذا العقد مما ولد جملة من الآثار والنتائج تختلف باختلاف تكييف الإقالة من الوجهة الفقهية، وهذا ما دفع الباحث في سياق هذه الرسالة للبحث في الآراء الفقهية المتباينة وقد انعكس هذا الاختلاف على القوانين الوضعية، حيث استمد البعض أحكام الإقالة من الفقه الإسلامي، وبعضها الآخر اعتبر أن الإقالة عقد ذو أهمية محدودة.

تجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني قد تناول الإقالة في نصوصه المدنية معالجاً شتى أحكامها، منطلقاً مما ذهب إليه الفقه الحنفي وما أخذت به مجلة الأحكام العدلية، حيث أولى القانون المدني هذا العقد أهمية بالغة.

في المقابل فإن القانون المدني المصري لم يطلق ذات المصطلح الذي أخذ به المشـــرع الأردني وإنما أطلق مفهوم التفاسخ على العقد، إذ لم يشر إليه في نصوص قانونه المدني وإنما اعتبره كنوع من الفسخ ومجرد اتفاق كسائر الاتفاقات وأخضعه للقواعد العامة.

وفي هذا المقام لا بد من الإشارة إلى أن هناك العديد من الألفاظ التي تؤدي إلى انحلال الرابطة العقدية كالفسخ والانفساخ والتفاسخ، إلا أن هناك فوارق في آلية وقوعها واختلافات في نتائجها وأسبابها.

مشكلة الدراسة

- تتلخص مشكلة الدراسة في إلقاء الضوء على موضوع التقايل ومبطلاته وأحكامه وتطبيقاته العملية، لا سيما وأن العديد من الناس يخلطون في مفاهيم وأحكام العقــود ومــدى إفــادة المشرع الأردني والمصري منها فهل وفق المشرع الأردني والمصري في تنظيمها تنظيماً سلمياً يتماشى والقضايا المعاصرة

- هل الإقالة من المواضيع الشائكة والتي تدفع باتجاه بيانها والوقوف على أحكامها في ظــل الاختلافات الفقهية

- لا خلاف حول جواز الإقالة ومشروعيتها وإنما الخلاف في تكييفها فما هي أســباب هــذا الخلال ومبرراته؟ وفي الأثر المترتب عليها، فإن كان للإقالة أثر رجعي فإنها تسري علــى الماضي، ولا يكون لها أثراً رجعياً إلا باتفاق الطرفين، مع العلم أن الأصل في الإقالة أنــه ليس لها أثراً رجعياً والاتفاق على أن يكون لها أثراً رجعياً مشروطاً بعــدم الأضــرار أو المساس بحقوق الغير.

- اختلف الفقه الإسلامي حول تكييف الإقالة فتارة يجعلها فسخاً وتارة يجعلها عقداً جديــداً فباعتبارها فسخاً اختلف الفقهاء في أنها هل تزيل العقد من أصله أم من حينه؛ وباعتبارهــا عقداً جديداً، ما هي المبررات التي استند إليها في تكييف الإقالة؟

- اعتبر الفقه الإسلامي الإقالة نظرية مستقلة وراعى فيها مصلحة العاقدين في حين أن القانون المدني المصري لا يذكر الإقالة إلا كأي اتفاق آخر وفي الغالب يذكرها مع الفسخ الاتفاقي أما القانون الأردني فقد نظم الإقالة بالكيفية التي نظمها الفقه الإسلامي.

أهمية الدراسة

تكمن مبررات اختيار هذا الموضوع

- خلو الساحة البحثية -فيما اعلم- من بحث علمي يناقش الإقالة من جميع جوانبها ومقارنتها مع القانون المدني الأردني والمصري.

- من الضرورة بمكان عقد مقارنة بين ما ذهب إليه الفقه الإسلامي واختلافه في كيفية الإقالة ومدى تأثير القوانين المدنية بذلك.

- التعمق في آراء الفقهاء في تحديد طبيعة الإقالة، وسبر غور هذه الآراء والأدلة التي استند إليها الفقهاء، والخروج برأي راجح وبيان الرأي الذي أخذ به القانون الأردني والمصري.

- محدودية التطبيقات القضائية وأحكام المحاكم الأردنية والمصرية في موضوع الإقالة.

منهجية الدراسة

سيقوم الباحث باتباع الخطوات التالية ومنهجيته

1. عقد مقارنة بين آراء الفقهاء رغم صعوبة ذلك - بما ينسجم ومقاصد الشريعة الإسلامية من جهة ومبررات الأخذ بها في ظل القانون الأردني والمصري من جهة أخرى.

2. الحصول على الآراء الفقهية والقانونية ذات الصلة بالموضوع من مصادرها الأصلية.

محددات الدراسة

سوف تركز الدراسة على مقارنة عقد الإقالة بالفقه الإسلامي مع القانون المدني الأردني والمصري ولن تتناول القوانين المعمول بها في سائر البلدان العربية وكـذلك لـن تتعـرض لمقارنة الإقالة في الفقه الإسلامي مع الفقه الغربي.

الدراسات السابقة

أبو قاذان، محمد أحمد بن عبد الرحمن، **الاقالة وأحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت الأردنية، 2000م.

بيان، فاطمة حسن محمد، **فسخ العقد في القانون المدني اليمني والقـانون المـدني الأردنـي** رسالة ماجستير، مكتبة الجامعة الأردنية، عمان.

الفصل التعميمي

مفهوم العقد

الفصل التعميمي

مفهوم العقد

أن العقد يعتبر من التصرفات القانونية المهمة في ميدان المعاملات المالية وغير المالية، ويعتبر كذلك مصدراً من مصادر الالتزام بل وأكثر المصادر الإرادية أهمية وترتيباً في إنشـــاء الالتزامات أو نقل أو وصف أو إنهاء الحقوق الشخصية، فهو عمل قانوني ينشئ الأغلبية الكبرى من الالتزامات ويرتب الآثار القانونية بعيدة المدى وقريبتها.

وتأسيساً على ذلك، خصصت كل القوانين المدنية كثيراً من النصوص بما يتناسب وتلك الأهمية، بحيث تناولت العقد ووضع له قواعداً وشروطاً، وبات من الضرورة بمكـــان أن يقـــف الباحث على كنه العقد ومشروعيته وصولاً إلى مراتبه، وانتهاء إلى انحلال الرابطـــة العقديـــة، ودفع العديد من العلماء لكي يطلقوا على العقد لفظ نظرية العقد ووضعوا له قواعداً وشـــروطاً، وبات من الضرورة بمكان أن تقف على كنه العقد ومشروعيته وصولاً إلى مراتبه وإنتهاءً إلـــى انحلال الرابطة العقدية، وهذا ما سيتم التطرق إليه الباحث في هذا الفصل.

المبحث الأول

معنى العقد ومراتب الانعقاد

في سياق الحديث عن معنى العقد، لا مناص من تناوله بالتعريف في الاصطلاح الفقهي والقانوني، وذلك في أربعة مطالب، المطلب الأول في تعريف العقد والمطلب الثاني في مراتب الانعقاد، والمطلب الثالث في مراتب العقد الصحيح، والمطلب الرابع في انحلال الرابطة العقدية.

المطلب الأول: تعريف العقد

أولاً: العقد لغة: مصدر عقد وعقده عقداً وتعاقداً نقيض الحل، وعقد الحبل والبيع: أحكمه وشده والجمع عقود[1]، ويطلق العقد في اللغة على معنيين، العزم الأكيد على الفعل (عقد النية)، والربط والحكام (عقد الحبل)

ثانياً: العقد شرعاً: هناك العديد من التعريفات التي تفيد معنى واحد للعقد وهو ارتباط الايجاب بالقبول.

فجمهور الفقهاء والحنفية منهم خاصة يطلقونه على معنيين:

الأول: هو "تعلق كلام أحد المتعاقدين بكلام الآخر شرعاً على وجه يظهر أثره في المحل"[2]...

الثاني: العقد هو "ما يتم به الارتباط بين إرادتين من كلام وغيره، ويترتب عليه التزام بين طرفيه"[3].

فالعقد في هذا المفهوم لا يكون إلا فيما يحدث بين اثنين من تعاقد أو بمعنى آخر ما يتوقف الالتزام فيه على اجتماع إرادتين، مع أن المفهوم الأوسع للعقد والمشتق من المعنى

---

[1] ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، **لسان العرب**، المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، ص291-297.

[2] السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية**، ط1، دار الثقافة والنشر، عمان، 2000، ص47.

[3] مدكور، محمد سلام، **المدخل للفقه الإسلامي، نظرية العقد**، دار الكتاب الحديث، 2005، ص34-35.

اللغوي (العزم الأكيد على الفعل) قد يكون من طرف واحد أو اثنين فأكثر، وعليه فإن العقد في اصطلاح الفقهاء: هو "ارتباط القبول بالإيجاب شرعاً على وجه يثبت أثره في المعقود عليه"[1].

ويظهر من هذا التعريف أن العقد لا بد له من اكتمال عناصره وهي وجود طرفين الموجب والقابل، وكذلك ظهور أثر هذا الارتباط في المعقود عليه وتحقق الأخير المتمثل بمشروعية العقد، لأن كل شيء في الإسلام مقيد بالشرع[2].

ثالثاً: العقد قانوناً: هو "توافق إرادتين على إنشاء التزام أو على نقله"[3].

وقد تناول القانون المدني الأردني تعريف العقد في المادة (87) منه "ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر وتوافقهما على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب عليه التزام كل منهما بما وجب عليه للآخر".

ومن سياق التعريف يتضح أن القانون المدني الأردني قد التزم بالتعريف الوارد في مرشد الحيران[4]، حيث جاء فيه في المادة (262) "أن العقد هو عبارة عن ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه ويترتب على العقد التزام كل من واحد من العاقدين بما وجب به للآخر، وجاء التعريف شاملاً للمواد (101 102 103 104)[5].

---

[1] حسين، أحمد فراج، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، دار الجامعة الجديدة، 2005، ص127.

[2] المرجع السابق، ص128.

[3] السنهوري، عبد الرزاق أحمد، **نظرية العقد**، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، ص80.

[4] باشا، محمد قدري، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، ط1، الدار العربية للنشر، عمان، 1987، ص262.

[5] **مجلة الأحكام العدلية**، أصدرها المشرع العثماني سنة 1286هجري وطبقت عام 1876ميلادي.

المادة (101) تنص "الإيجاب أول كلام يصدر من أحد العاقدين لأجل إنشاء التصرف وبه يوجب ويثبت التصرف".

المادة (102) تنص "القبول ثاني كلام يصدر من أحد العاقدين، لأجل إنشاء التصرف وبه يتم العقد".

المادة (103) تنص "العقد التزام المتعاقدين وتعهدهما أمراً وهو عبارة عن ارتباط الإيجاب بالقبول".

المادة (104) تنص "الانعقاد تعلق كل من الإيجاب والقبول بالآخر، على وجه مشروع يظهر أثره في متعلقهما".

وكذلك جاء التعريف بآلية تنسجم وعبارات الفقهاء: "ارتباط الإيجاب بالقبول"، من جهة وعبارات القانونيين "توافق إرادتين" وهو بهذا المعنى يكون قد اقتبس من الشريعة المصطلح القانوني.

وبهذا يدخل العقد في عموم التصرف القانوني وأنه يقوم على ما ينبئ عن إرادتين متطابقتين لا على إرادة منفردة، والعبرة تكون بالإرادة الظاهرة فهي أولى بالاعتداد من الإرادة الباطنة.. [1].

وقد أخذ المشرع الأردني بالإرادة الظاهرة عندما عرف العقد بارتباط الإيجاب بالقبول، فالإيجاب والقبول هما اللذان صدرا من المتعاقدين وارتبطا فكونا العقد وهذه الإرادة لا يعتد بها القانون إلا إذا أفرغت في قالب يعتد به القانون ابتداءً - أي أنه يعرف العقد بواقعته الشرعية القانونية - [2].

المطلب الثاني: مراتب انعقاد العقد

الأصل أن ينعقد العقد صحيحاً عندما تتوافر فيه أركانه وشروط صحته، ولكن إذا تخلف ركن من الأركان كان العقد باطلاً، وما بين العقد الصحيح والعقد الباطل، يقع العقد الفاسد.

وقد تأثر القانون المدني الأردني في هذا التقسيم بمراتب العقد في الفقه الإسلامي وخاصة بما جاء في المذهب الحنفي الذي انفرد في معرفة العقد الفاسد، والسبب أن الفقه الحنفي يميز بين أصل العقد ووصفه، أما أصل العقد فهو الركن وشرائطه، أما وصفه فيرجع عادة إلى المحل، حيث قال: "إن ما كان غير مشروع لا بأصله ولا بوصفه فهو الباطل وما كان مشروعاً بأصله دون وصفه فهو الفاسد، وما كان مشروعاً بأصله ووصفه فهو الصحيح"[3].

---

[1] فرج، عبد الرزاق حسن، **نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، ص12.

[2] أبو البصل، عبد الناصر موسى، **دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد**، ط1، دار النفائس للنشر، الأردن، 1999، ص38.

[3] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، إعداد المكتب الفني، نقابة المحامين ط3، مطبعة التوفيق، عمان، 1992 ص170.

وفي ذلك يقول السنهوري "لا شك في أن تفريق الحنفية بين أصل العقد ووصفه والتمييز بين العقد الباطل والعقد الفاسد صناعة فقهية محكمة قد انفردوا بها"[1].

الفرع الأول: العقد الصحيح

"هو العقد الذي يكون مشروعاً في أصله ووصفه، أي يستجمع أركانه، وشروط انعقاده من أهلية المتعاقدين وسلامة الصيغة، وقبول محل العقد لحكم الشرع"[2]، فإذا كان أصل العقد (أركانه) في الفقه الإسلامي مشروعاً، أي لا يخالف نظامه الشرعي في ناحية جوهرية وكان فوق ذلك بأوصافه اللازمة غير مختل فإنه يكون صحيحاً.

تقول المادة (167) من القانون المدني الأردني "العقد الصحيح هو العقد المشروع بأصله ووصفه بأن يكون صادراً من أهله مضافاً إلى محل قابل لحكمه، وله غرض قائم وصحيح ومشروع وأوصافه صحيحة ولم يقترن بشرط مفسد له".

وقد أوضحت المذكرة الإيضاحية أن العقد يستجمع أركانه وشروط انعقاده إذا ما توافرت فيه العناصر التالية:

تطابق إرادتين، إتحاد المجلس، تعدد العاقد، العقل والتميز، محل مقدور التسليم، محل معين أو قابل للتعيين، محل صالح للتعامل فيه، السبب المشروع، تحقق القبض أو الشكل إذا ما كان هذا أو ذاك لازماً للانعقاد[3].

فالعقد الصحيح ينعقد في الحال سبباً لحكمه[4] فيترتب عليه إشارة بمجرد انعقاده وعليه فإن البيع الصحيح يفيد الملكية حتى قبل القبض أي بمجرد حصول هذا البيع يصبح المشتري مالكاً للمبيع، كما أن البائع يصبح مالكاً للثمن، ولو لم يحصل القبض[5].

---

[1] السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر، ص186.

[2] شبير، محمد عثمان، **المدخل إلى فقه المعاملات المالية**، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن، 2004، ص289.

[3] **المذكرات الإيضاحية**، مرجع سابق، ص172.

[4] المرجع السابق، ص171.

[5] حيدر، علي ، **درر الحكام، شرح مجلة الأحكام**، تعريب محامي فهمي الحسيني، المطبعة العباسية، حيفا، 1925، ص93.

الفرع الثاني: العقد الباطل

لقد تناول القانون المدني الأردني العقد الباطل في المادة (1/168) حيث نصت على "أن العقد الباطل ما ليس مشروعاً بأصله ووصفه، بأن اختل ركنه أو محله أو الغرض منه أو الشكل الذي فرضه القانون لانعقاده، ولا يترتب عليه أي أثر ولا ترد عليه الإجازة".

وهذا يعني أن عدم مشروعية أصل العقد تكفي وحدها لاعتباره باطلاً ويستوي بعد ذلك أن يكون وصفه مشروعاً أو غير مشروع.

وتجدر الإشارة في هذا المقام أن المشرع الأردني قد أخذ بالعقد الباطل بطلاناً مطلقاً بحيث أنه لا يرتب أثراً، أما العقد القابل للإبطال فلم يأخذ به المشرع الأردني بل استعاض عنه بمفهوم العقد الموقوف وذلك بخلاف القانون المصري، الذي أخذ بالنظرية الحديثة للبطلان فجعل العقد إما باطلاً بطلاناً مطلقاً أو قابلاً للإبطال[1].

ويمكن القول بان العقد الذي يقابل العقد القابل للإبطال في القانون المدني الأردني والمجلة، ليس العقد الموقوف، لأن العقد الموقوف عقد المنعقد، ولكن تعلق ترتيب آثاره عليه حتى يحصل شرط النفاذ، والعقد القابل للإبطال عقد ترتب عليه أثره ولكن يمكن فسخه، فهو يقابل العقد الصحيح غير اللازم.

الفرع الثالث: العقد الفاسد

تناولت المادة (170) من القانون المدني الاردني تعريف العقد الفاسد اذ نصت على ان:

1 - العقد الفاسد هو ما كان مشروعاً بأصله لا بوصفه فإذا زال سبب فساده صح.

2 - ولا يفيد الملك في المعقود عليه إلا بقبضه.

---

[1] دواس، أمين رجا، **مصادر الالتزام، المصادر الإرادية العقد والإرادة المنفردة**، ط1، دار الشروق، رام الله، 2004 ص20 -23.

3 - ولا يترتب عليه أثر إلا في نطاق ما تقرره أحكام القانون.

4 - ولكل من عاقديه أو ورثته حق فسخه بعد اعذار العاقد الآخر.

فالعقد الفاسد* وإن كان منعقداً، إلا أنه عقد منهي عنه، الأصل فيه أن لا ينتج أثراً إلا في الحدود التي يرتبها القانون، فلا يستطيع أحد المتعاقدين أن يجبر الآخر على تنفيذه، فإذا كان العقد الفاسد بيعاً، فإن المشتري لا يستطيع إجبار البائع على تسلم المبيع، ولكن للبائع باختياره وإذنه أن يرجع للمشتري يقبض المبيع قبضاً صحيحاً، فيثبت ملك المبيع عندئذ للمشتري[1].

المطلب الثالث: مراتب انعقاد العقد الصحيح

الأصل في العقد الصحيح الذي يكون مشروعاً في أصله ووصفه أن يكون فورياً مرتباً لآثاره في الحال، ما لم يوجد ما يدعو لوقف نفاذه.

وعليه فإن العقد الصحيح إما أن يكون نافذاً في الحال وإما أن يكون موقوفاً والنافذ إما لازم لا يجوز فسخه، وإما غير لازم يمكن فسخه من طرفيه أو من طرف واحد[2].

الفرع الأول: العقد النافذ والعقد الموقوف

وحتى يكون العقد الصحيح نافذاً يجب أن يثبت للمتعاقد الولاية على محل العقد والولاية على نوع التصرف، وتتحقق الولاية على الأولى: بأن يكون للعاقد حق الملك في المحل أو النيابة عن المالك وألا يتعلق بالمحل حق الغير، كأن يكون مرهوناً أو مستأجراً، فغير المالك

---

* العقد الفاسد: منزله بين منزلتين الصحة والبطلان، وهو صناعة حنفية فالعقد عندهم يتدرج من الصحة إلى الفساد إلى البطلان أي أنهم يرون الفاسد مبانياً للباطل أما بقية المذاهب الإسلامية فلا ترى فرقاً بين الفاسد والباطل، فهما اسمان لمسمى واحد أي مترادفان فالفاسد هو الباطل والباطل هو الفاسد فالعقد عندهم إما أن يكون صحيحاً منتجاً لآثاره وإما أن يكون باطلاً أو فاسداً ولا فرق بينهما ولا أثر لهما. القراله، أحمد ياسين، **موانع فسخ العقد في الشريعة الإسلامية**، دراسة مقارنة، نقلاً عن الموقع الالكتروني www.drablawinfo.com ، ص 1.

[1] السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية**، مرجع سابق، ص214.

[2] شبير، محمد عثمان، **المدخل إلى فقه المعاملات المالية**، مرجع سبق ذكره، ص290.

أي الفضولي   ليست له الولاية على محل العقد، أما الثانية فتتحقق عندما يتوفر بالعاقد القدر اللازم من التمييز لنوع التصرف الذي يجريه[1].

وهذا يقود للقول أن تخلف إحدى الولايتين يجعل العقد موقوفاً أي غير نافذ رغم انعقاده صحيحاً.

وقد تناولت المادة (171) من القانون الأردني العقد الموقوف بقولها أن "يكون التصرف موقوف النفاذ على الإجازة إذا صدر من فضولي في مال غيره أو من مالك في مال له تعلق به حق الغير أو من ناقص الأهلية في ماله وكان تصرفاً دائراً بين النفع والضرر أو من مكره أو إذا نص القانون على ذلك".

الفرع الثاني: العقد اللازم والعقد غير اللازم

الأصل في العقد الذي انعقد صحيحاً نافذاً أنه لا يجوز لأحد عاقديه أن يرجع فيه بإرادته المنفردة، ولكن هناك طائفة من العقود تقبل بطبيعتها أن يرجع فيها أحد المتعاقدين دون توقف على إرادة العاقد الآخر، وتسمى العقود الجائزة كالهبة والوكالة والوديعة وبالمقابل هناك عقود يكون لأحد العاقدين فيها خيار الرجوع[2].

وعليه يمكن القول إن عدم لزوم العقد راجع إما لطبيعة العقد أو لأن المتعاقد يثبت له خيار الرجوع عن العقد.

وقد تناول المشرع الأردني عدم لزوم العقد في المادة (176) منه ونص على أن:

1) يكون العقد غير لازم بالنسبة إلى أحد عاقديه أو لكليهما رغم صحته ونفاذه، إذا شرط له حق فسخه دون تراض أو تقاض.

---

[1] **المذكرات الإيضاحية**، مرجع سابق، ص184، راجع أيضاً: أبو زهرة، محمد، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، دار الفكر العربي، سنة 1976، ص220 وما بعدها.

[2] **المذكرات الإيضاحية**، مرجع سابق، ص 200. شبير، محمد عثمان، **المدخل إلى فقه المعاملات المالية**. مرجع سابق، ص291.

2) ولكل منهما أن يستقل بفسخه إذا كان بطبيعته غير لازم بالنسبة إليه أو شرط بنفسه خيار فسخه.

ويلاحظ أن القانون الأردني قد مهّد لعدم لزوم العقد على سبيل الاستثناء وقد بينت المذكرات الإيضاحية أحوال عدم اللزوم فأرجعها إلى طبيعة العقد أو إلى ما علق به من خيار[1] وهذه الخيارات هي: - خيار الشرط، خيار التعين، خيار الرؤية، وخيار العيب.

ويمكن القول بأن شرائط اللزوم تكون مجموعة من الاعتبارات التي يترتب عليها ثبات العقد واستقراره وعدم جواز فسخه إلا بتراضي طرفيه، فإذا ما فقدت هذه الشروط أو أحدهما يجوز فسخ العقد دون رضا الطرف الآخر.

وفي حال استيفاء العقد هذه الشرائط فإنه يستعصي على الفسخ بإرادة منفردة، فإذا انعقد صحيحاً نافذاً لازماً منتجاً لآثاره ويلزم كلا من العاقدين فلا يجوز الرجوع فيه إلا باتفاق المتعاقدين معاً على التقايل منه، وهذه هي المرتبة العليا من الصحة والقوة في العقود[2].

المطلب الرابع: انحلال الرابطة العقدية

قد تختلط بعض المصطلحات المتداولة بهذا الصدد فيما بينها، إذ أن كل مصطلح فيها يختلف عن الآخر، فهناك انحلال العقد، وانقضاؤه، وبطلانه، وإنهاؤه.

فانحلال العقد: "زواله بعد أن انعقد صحيحاً نافذاً وقبل أن يتم تنفيذه فلا يدخل فيه انقضاؤه[3] وهو زاوله بعد تنفيذه، إذ ينقضي العقد بتنفيذ الالتزامات التي يوجبها العقد أي بالوفاء"[4]، ولا إبطاله وهو ما يرد على العقد في مرحلة الانعقاد حيث يكون للعقد وجود حسي فقط دون أن

---

[1] الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف، **الوجيز الوافي، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام المصادر الإرادية**، بدون تاريخ أو دار نشر، ص174.

[2] السنهوري، عبد الرزاق، **مصادر الحق**، مرجع سابق، ص21 **المذكرات الإيضاحية**، مرجع سابق، ص200.

[3] **المذكرات الإيضاحية**، مرجع سابق، ص246 -247.

[4] أبو البصل، عبد الناصر، **دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق، ص341.

يكتسب وجوده الاعتباري في نظر الشارع فالبطلان يشبه ولادة المولود ميتاً[1]، ويكون ذو أثـر رجعي بحيث يعتبر العقد كأن لم يكن، أما الانحلال فقد يكون له أثر رجعي وقد لا يكون.

أما إنهاء العقد: فهو "عبارة عن وضع حد للعقد" كالحالة التي يتفق فيها الشـركاء علـى حل الشركة[2].

وما يهمنا في هذا السياق ما يتعلق بانحلال العقد الذي يرد على عقد صحيح نافـذ فـلا يدخل في هذا الإطار العقد الباطل، ولا العقد الفاسد، لأنه قد يكون مستحق الفسخ وواجب الرفع ولا العقد غير النافذ لأنه موقوف على الإجازة.

والذي يهمنا هو، العقد الصحيح النافذ اللازم الذي يكون حجه في مواجهة عاقديه، وقـد نص المشرع الأردني في المادة (241) منه على "إذا كان العقد صحيحاً لازماً فلا يجوز لأحـد العاقدين الرجوع فيه ولا تعديله ولا فسخه إلا بالتراضي أو التقاضي أو بمقتضـى نـص فـي القانون".

ويلاحظ أن هذه المادة تقرر قاعدة عامة في عدم جواز اسـتقلال أحـد طرفـي العقـد بالرجوع فيه أو تعديله أو فسخه إلا بالتراضي أو بمقتضى نص.

غير أن العقد قد يواجه أسباباً تؤدي إلى زواله قبل أو بعد تنفيذه أي قبـل أن يتحقـق الغرض المقصود منه عندئذ نواجه ما يسمى بانحلال العقد والأسباب التي تؤدي إلى انحـلال العقد متعددة ومتنوعة.

ولكن أهم ما في انحلال العقد هو:الإقالة الفسخ والانفساخ[3].

---

[1] الزرقا، مصطفى أحمد، **المفصل الفقهي العام**، ط1، دار القلم، دمشق، 1998، ص593.

[2] أبو البصل، عبد الناصر، **دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق، ص341.

[3] الجبوري، ياسين محمد، **المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، نظرية العقـد**، ط1، مجلـد1، دار وائـل للنشـر والتوزيع، عمان، ص441.

وقد خصص المشرع الأردني في القانون المدني مواداً تعالج انحلال العقد، فقد تنــاول الإقالة بالمواد (242 243 244) بينما تناول الفسح في المواد (245 246) والانفســاخ فــي المادة (247).

وما يهم هنا في سياق هذه الأطروحة موضوع الإقالة سوف يتم تناولها بالتفصيل مع ضرورة التعريج على الطرق الأخرى لانحلال العقود بصورة تبدد غمامة الاختلاط والخلط مع إيضاح الفروق الجوهرية بينها.

الفصل الأول

مفهوم الإقالة

المبحث الأول: تعريف الإقالة

المبحث الثاني: تكييف الإقالة

المبحث الثالث: تمييز الاقالة عن غيرها

الفصل الأول

مفهوم الإقالة

تمهيد

تعد معرفة مفهوم الشيء جزءاً من أحكامه، لذلك فإن مقتضيات البحث العلمي تقتضي بالضرورة - في خضم تناول الإقالة كموضوع للرسالة هذه - البدء ببيان ماهية الإقالة، وسيتم التركيز على التعريف الفقهي، لأن الإقالة أخذت قانوناً من الفقه الإسلامي، فلا بد من إيضاح مشروعيتها، والحديث عن تكييف الإقالة من الناحية القانونية والفقهية ، وبعد ذلك لا مناص من تبيان موقع الإقالة من المصطلحات ذات الصلة والتي تميزها كالفسخ والانفساخ والتفاسخ.

المبحث الأول

الإقالة

المطلب الأول: تعريف الإقالة

لا بد من التطرق لتعريف الاقالة في اللغة والاصطلاح

الفرع الأول: تعريف الإقالة في اللغة

"الرفع والإزالة ومن ذلك قولهم: أقال الله عثرته إذا رفعه من سقوطه[1]، وأقال البيع أو العهد، فسخه وأقال الله عثرته، صفح عنه وتجاوز، (قايله) عاوضه وبادله، (تقايـ) البيعان: تفاسخا صفقتيهما، واستقالة البيع، طلب إليه أن يفسخه[2]، واقتال الرجل دابته، إذا استبدل بها غيره، والمقابلة والمبادلة والمعاوضة سواء[3]".

---

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، ج11، مرجع سابق، ص579. مصطفى، ابراهيم والزيات، أحمد وعبد القادر، حامد والنجار، محمد، **المعجم الوسيط**، ط2، مطبعة مصر، ص200. الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، **المصباح المنير**، ط1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1978، ص630.

[2] الغنيمي، عبد الغني الدمشقي الميداني، **اللباب في شرح الكتاب**، ط2، المكتبة العلمية، بيروت، 1993، ص31. **الموسوعة الفقهية**، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، ط2، طباعة دار السلاسل، الكويت، 1986، ص324.

[3] الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، **مصباح المنبر**، مرجع سابق، ص63.

ويلاحظ أن هذا المعنى يتمحور حول إنهاء العقد من قبل الطرفين ورجوع البائع والمشتري إلى أصل العقد ابتداءً.

الفرع الثاني: الإقالة في الاصطلاح الفقهي

لقد تناول الفقهاء الإقالة بتعريفات مختلفة نذكر منها.

1 - المالكية:

عرفت المالكية الإقالة بأنها: "ترك المبيع لبائعه بثمن"[1].

وعليه يعتبر الترك جنس من التعريف، بحيث يشمل كل ترك، والترك دلالة على جواز الإقالة قبل القبض وأن يترك المبيع لبائعه[2].

2 - الشافعية:

عرفت الإقالة بأنها: "رفع العقد المالي بوجه مخصوص"[3].

ويشمل هذا التعريف رفع العقد ورفع سواه، ومالي صفة للعقد ويفيد أن المراد بالعقد المالي: هو "عقد ذو مقابلة مال بمال، كالبيع أو مقابلة مال بمنفعة كالإجارة".

3 - الحنابلة:

عرفت الإقالة بأنها: "فسخ العقد، ورفع له من أصله"[4].

---

[1] الدردير، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، المجلد الثالث، دار المعارف، القاهرة، ص208.

[2] الفقي، حامد عبده، **الإقالة في عقد البيع**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003، ص17.

[3] الأنصاري، أبي يحيى زكريا، **اسنى المطالب في شرح روضة الطالب**، المجلد الثالث، المكتبة الإسلامية، ص74.

[4] البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، **كشاف القناع عن متن الاقناع**، المجلد الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1982، ص248. المرداوي، علاء الدين السعدي الحنبلي، **الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ج4، ط1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1970، ص470.

ويستطرد الدكتور وهبه الزحيلي القول "بأن كلمة الفسخ تستعمل أحياناً لرفع العقد من أصله، كما في الفسخ بسبب أحد الخيارات، وتستعمل أيضاً بمعنى رفع العقد بالنسبة للمستقبل، كما في أحوال فسخ العقود الجائزة أو غير اللازمة فإذا انعقد العقد لم يتطرق إليه الفسخ إلا في مثل الخيارات، والإقالة، وهلاك المبيع قبل القبض وكون العقد غير لازم، ويتم ذلك بإرادة العاقد أو غيره، ويعود العاقدان إلى الحالة الأصلية التي كانا عليها قبل التعاقد، ففي البيع مثلاً، يعود المبيع إلى ملك البائع والثمن إلى ملك المشتري، فإذا فسخ الزواج بحكم القاضي زالت رابطة العقد بين الزوجين وصار كل منهما أجنبياً بالنسبة للآخر"[1].

4 - الحنفية:

لقد أوردوا للإقالة معنيان أحدهما خاص والثاني عام.

الأول: فالإقالة: "رفع العقد"[2]، والرفع جنس في التعريف يشمل رفع العقد ، وإضافة الرفع إلى العقد يعتبر قيداً يخرج ما سواه.

الثاني: فقد أورده صاحب الدر المختار، وقال: "إن الإقالة، رفع البيع"[3]، ويعتبر الرفع بذلك جنس في التعريف وإضافته إلى البيع يخرج ما عداه من العقود الواقعة بين طرفين وإرادتين متتاليتين.

ومن خلال استقراء هذه التعاريف نلاحظ بأن:

* الحنفية والشافعية: عبروا بكلمة الرفع مضافاً للعقد.

* المالكية: عبروا بكلمة الترك ويكون من المشتري للبائع وعليه تكون الإقالة بالثمن الأول بمعنى أن بغيره لا تصح الإقالة، علاوة على أنهم قصروا الإقالة في المبيع.

* الحنابلة: عبروا بكلمة الفسخ مضافاً للعقد.

---

[1] الزحيلي، وهبه، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج4، ط2، دار الفكر، دمشق، 1985، ص 594.

[2] الغنيمي، عبد الغني الدمشقي الميداني، **اللباب في شرح الكتاب**، مرجع سابق، ص31.

[3] ابن عابدين، محمد أمين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج5، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1966، ص119.

* الشافعية: أفادوا بأن العقد المرفوع ذو صفة مالية لبيان محل الإقالة والعقود التي تقع فيها وأنها مشتملة على مبادلة مالية، وبذلك يكونوا قد حصروا الإقالة في العقود المالية.

وبهذا التعبير الذي اعتبرته الشافعية بأن الإقالة رفع للعقد ووصفه بكونه ذو مبادلة مالية ليخرج غيره من العقود التي لا تدخلها الإقالة كعقد الزواج فإنه وإن كان عقداً لازماً إلا أنه لا تجري فيه الإقالة والإلغاء ولكنه يقبل الإنهاء بطرق أخرى كالطلاق.

وبناءً على ما تقدم فإن الإقالة: "رفع العقد وإلغاء حكمه وآثاره بتراضي الطرفين"، وهذا ما ذهبت إليه الموسوعة الفقهية في تحديدها لمعنى الإقالة[1].

علاوة على ذلك تناولت مجلة الأحكام العدلية الاقالة ضمن موضوعات عقد البيع، واعتبرت بان العق يقضي بان من حق المتعاقدين أن يرفعا العقد تبعاً للمصلحة، حيث نصت في المادة (190) منها أن: "للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما"، ويلاحظ بأنها تناولت الاقالة على أساس ما تناوله الفقهاء عند حديثهم عن عقد البيع، إذ حظي باهتمام بالغ من قبل فقهاء الشريعة الاسلامية، ولم تقم على التقسيم الحديث لموضوعات القانون المدني سواء القانون المدني المصري أو الأردني.

واعتبرت أيضاً أن الرضا في الاقالة شرطاً لأن الكلام في رفع العقد اللازم، أما رفع العقد غير اللازم، فعائد إلى صاحب الخيار، ولا يشترط فيه رضا الآخر بل يكفي علمه، ولا يقال لرفع العقد اقالة[2].

الفرع الثالث: الإقالة في الاصطلاح القانوني

عند الحديث عن الاقالة في الاصطلاح القانوني لا بد من تناولها في إطار مشروع القانون المدني الفلسطيني والقانون الأردني.

---

[1] **الموسوعة الفقهية**، مرجع سابق، ص324.

[2] حيدر، علي، **شرح المجلة**، ج1، مرجع سابق، ص165.

المسألة الأولى: الإقالة في مشروع القانون المدني الفلسطيني

لقد تناول مشروع القانون المدني الفلسطيني الإقالة ضمن انحلال العقد وذلك في المواد (167 -169) حيث نصت المادة (167) منه "للمتعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده"

المسألة الثانية: الإقالة في القانون المدني الأردني

بعد انعقاد العقد على النحو الصحيح الملزم دون أن يكون موقوفاً أو مقترناً بخيار لا يجوز لأحد الطرفين أن يستبد بحله سواءً أكان ذلك في القانون الأردني أو المصري أو الشريعة الإسلامية، ومع ذلك فلا يمتنع على الطرفين الاتفاق اللاحق على تقايل العقد السابق وفي هذا يقول الكاساني في البدائع "لا يفسخ العقد إلا على النحو الذي به ينعقد، وحيث أن انعقاد العقد هو ثمرة اتفاق طرفيه عليه فإن انحلاله باتفاقهما جائز وهذا هو المصطلح عليه في الفقه الإسلامي بالإقالة"[1].

وتجدر الإشارة إلى أن القانون المدني الأردني قد نظم الإقالة بالرجوع إلى ما تقرر بصددها في الفقه الإسلامي، مستنداً إلى ما ذهب إليه الفقه الحنفي ومجلة الأحكام العدلية، حيث لم يلجأ القانون المدني إلى تعريف الاقالة وانما تركها للفقه، ومع ذلك فهو نظمها في المواد (242 و343) وقد جاء في المادة (242) من القانون المدني الأردني "للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده" فالإقالة تعتبر بهذا المعنى عقداً كسائر العقود لكن لها فوق ذلك طبيعة خاصة.

وكذلك نصت المادة (243) من القانون المدني الأردني على أن "الإقالة في حق العاقدين فسخ أو في حق الغير عقد جديد" وكونها الإقالة - فسخاً في حق العاقدين يستلزم بالضرورة إعادة كل منهما إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، فالإقالة اتفاق بين العاقدين على أن يقيل

---

[1] الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف، **الوجيز الوافي، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام المصادر الإرادية**، مرجع سابق، ص190.

كل منهما الآخر من العقد، وهي بمثابة عقد جديد يتفق فيه طرفيه على ما يناقض العقد الأول[1]. ومثال ذلك، إذا كان هناك عقد بيع، ثم يتفق العاقدان فيه (البائع والمشتري) على الإقالة فيقع عقد جديد يكون البائع فيه هو المشتري في العقد الأول، ويكون المشتري فيه هو البائع في العقد الأول.

وكذلك تعتبر الإقالة في حق الغير عقد جديد مما يترتب على ذلك عدم إحاقة الضرر بحقوقه، كالشفعة مثلاً، فإنها تظل ثابتة للشفيع إذا فاته الأخذ بها في البيع الأصلي[2]، فتصان بذلك حقوق الغير المكتسبة من تآمر العاقدين على هدمها بالإقالة.

وعلى خلاف ما ذهب إليه القانون المدني الأردني في تنظيمه للإقالة، فإن القانون المصري لم يشر في نصوصه إلى التفاسخ وإنما اكتفى بتطبيقها وفقاً للقواعد العامة.

وفي هذا السياق تجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني أورد الإقالة ضمن عنوان انحلال العقد ولم يوردها ضمن عقد البيع.

أما القضاء المصري فيذكر عبارة (التفاسخ) على فكرة الإقالة، وقد وردت بعض الأحكام القضائية حول التفاسخ أو الإقالة[3]، سيتم التطرق لها وتناولها في الفصل الأخير من هذه الرسالة.

المطلب الثاني: مشروعية الإقالة

لقد أجمع الفقهاء على أن الإقالة جائزة، وأن جواز الإقالة ثابت بالنقل والعقل، فمن النقل ما جاء في الحديث الشريف: (من أقال نادماً بيعته أقال الله تعالى عثراته يوم القيامة)[4].

---

[1] الجبوري، ياسين محمد، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ط1، نظرية العقد وائل للنشر والتوزيع، عمان، رام الله، دون سنة نشر. ص442

[2] سلطان، أنور، **مصادر الإلتزام**، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1970، ص283.

[3] أنظر في الكثير من القرارات القضائية عن القضاء المصري حول التفاسخ أو الإقالة، المصري، محمد محمود وعابدين، محمد أحمد، **الفسخ والإنفساخ والتفاسخ**، دار المطبعة الجامعية، القاهرة، 1997، ص208 وما بعدها.

[4] ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد الربعي القزويني، **سنن ابن ماجة، (باب الاقالة)** ج2، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر، ص741.

وقد ورد في القرآن الكريم دليلاً آخراً بقوله تعالى (يا أيها الذين آمنوا لا تأكلوا أمـــوالكم بينكم بالباطل إلا أن تكون تجارة عن تراض منكم)[1].

وقد دلت الآية الكريمة على ما أحله الله من تجارة، حيث قـــال ابـــن كثيـــر "الاســـتثناء منقطع، أي لا تتعاطوا الأسباب المحرمة في اكتساب الأموال لكن المتاجر المشروعة التي تكون عن تراض من البائع والمشتري فافعلوها[2]".

وتفيد الآية أعلاه أن الأصل في استحقاق مال الغير، إنما هو عن رضا صاحبه وبما أن الإقالة تكون عن تراض من البائع والمشتري فإنها تكون من المتاجر المشروعة.

وتجدر الإشارة إلى أن الإقالة تتفق مع ما هو معروف من السماحة في التعامـــل بـــين المسلمين، ولقد حث الرسول صلى الله عليه وسلم على هذه الصفة بقوله (رحم الله رجلاً ســـمحاً إذا باع وإذا اشترى وإذا اقتضى)[3] ومن مقتضيات هذه السماحة وأن يتوفر عنصر الرضا عنـــد انعقاد العقد، وأن يتوفر كذلك عنصر الاختيار لكل من العاقدين بالرجوع عنه وفسخه إذا ظهـــر الندم من أحدهما[4].

وكذلك يقضي العقل بأن من حق الطرفين (العاقدين) أن يرفعا العقد تبعاً للمصلحة، وقد تكون الإقالة واجبة إذا كانت بعد عقد مكروه أو بيع فاسد، لأنه إذا وقع البيع فاسداً وجب علـــى كل من المتعاقدين الرجوع! ما كان له من رأس المال صوناً لهما مـــن المحظـــور، لأن رفـــع المعصية واجب بقدر الإمكان ويكون ذلك بالإقالة أو الفسخ[5].

---

[1] سورة النساء آية 29.

[2] الصابوني، محمد علي، **صفوة التفاسير**، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2001،ص 248.

[3] ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد الربعي القزويني، **سنن ابن ماجة** (باب السماحة في البيع) ج2، مرجع سابق، ص742.

[4] عامر، عبد اللطيف محمد، **الإقالة في العقود في الفقه والقانون**، دار مرجان للطباعة، القاهرة، بدون سنة نشر، ص10.

[5] **الموسوعة الفقهية**، ج5، مرجع سابق، ص325. عامر، عبد اللطيف محمد، **الإقالة في العقود فـــي الفقـــه والقـــانون** مرجع سابق، ص13.

وعلاوة على ذلك قد تكون الإقالة واجبة إذا كان البائع غاراً للمشتري والإشارة هنا للغبن اليسير وليس الفاحش لأنه يوجب الرد حتماً وأن من حق المغبون فسخ البيع، وذلك إذا غر البائع المشتري ووجد الأخير بوناً شاسعاً بين ما كان يظنه في المبيع من صفات وبين ما وجده فعلاً مما يخالف ظنه[1].

وخلاصة القول، إن مشروعية الإقالة مستمدة من كتاب الله وسنة نبيه وهي تؤدي إلى رفع العقد، وذلك بتراضي الطرفين وتوافر عنصر الاختيار لكلا العاقدين في الرجوع عن العقد.

[1] حيدر، علي، **درر الحكام، شرح مجلة الأحكام**، المجلد الأول، ص370.

* م(357) (إذا غر أحد المتبايعين وتحقق أن في المبيع غبناً فاحشاً فللمغبون أن يفسخ البيع حينئذ).

* م(358) (إذا مات من غر بغبن فاحش لا تنتقل دعوى التغرير لوارثه).

* م(359) (المشتري الذي حصل له تغرير إذا أطلع على الغبن الفاحش ثم تصرف في المبيع تصرف الملاك سقط حق فسخه).

* م(360) (إذا هلك أو استهلك المبيع الذي صار في بيعه غبن فاحش وغرر أو حدث فيه عيب أو بنى المشتري حرصه عليها بناءً لا يكون للمغبون حق أن يفسخ البيع).

المبحث الثاني

تكييف الإقالة

يمكن القول بأن الإرادة المشتركة لطرفي العقد، هي التي تؤدي إلى ميلاده ووجوده وهي القادرة أيضاً على وضع حد له، فإذا ما اتفقت تلك الإرادة على إزالة العقد باتفاق لاحق على إبرامه فنكون بصدد إقالة للعقد، وهذا الاتفاق أجازه الشارع والقانون، ولكن يبرز لحيز الوجود تساؤل يطرح ذاته بإلحاح، ما هي الطبيعة التي تنطوي عليها تلك الإقالة؟ هل نعتبرها فسخاً للعقد أم عقد جديد؟ وما هي النتائج التي ستتمخض عن اعتبارها فسخاً أم عقداً جديداً؟ وهذا ما سيتم التطرق له في أربعة مطالب: حيث سأتناول في المطلب الأول، تكييف الإقالة على أساس أنها عقد جديد، والمطلب الثاني على أساس أنها فسخ، والمطلب الثالث على أنها فسخ في حق العاقدين عقد جديد في حق الغير، والمطلب الرابع ثمار الخلاف الفقهي في تكييف الإقالة.

المطلب الأول: تكييف الإقالة على أساس أنها عقد جديد

قال الظاهرية والمالكية، أنها بيع ثان لأن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه، فلما كان الأول بيعاً كذلك الثاني ولأنه نقل الملك بعوض على وجه التراضي فكان بيعاً كالأول وهذا مذهب الإمام مالك[1]، واعتبر أن الإقالة بيع من البيوع يحلها ما يحل البيوع ويحرمها ما يحرم البيوع وهذا عنده إذا كان في الإقالة زيادة أو نقصان[2].

وقال أبو يوسف من الحنفية: أن الإقالة بيع جديد في حق المتعاقدين وغيرهما إلا أنه تعذر جعلها بيعاً فتجعل فسخاً، إن كانت قبل القبض في المنقول إلا أن تعذر فتبطل إن كانت قبل القبض في المنقول بأكثر من الثمن الأول أو بأقل منه أو بجنس آخر أو بعد هلاك المبيع، لأن بيع المنقول قبل القبض لا يجوز والفسخ يكون بالثمن الأول وقد سميا ثمناً آخر.

---

[1] ابن قدامه، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، **المغني**، ط4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983، ص225.

[2] السالوس، علي أحمد، **فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر**، ط1، دار الثقافة، قطر، مؤسسة الريان، 2003 ص691. الزحيلي، وهبة. **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج4، ط2، مرجع سابق، ص714.

أما العقار وإن كان قبل القبض فهو بيع لأن بيع العقار قبل القبض جائز عنده حتى لــو كان المبيع داراً وتقايلاً قبل القبض يكون بيعاً[1].

وتأسيساً على ما سبق لا بد من إيضاح الدليل الذي استدل به العلماء في اعتبارهم بــأن الإقالة (بيع) حيث استدلوا بالدليل العقلي التالي:

إن وجه هذا القول يستند إلى معنى البيع كونه مبادلة المال بالمال، وهو أخذ بدل وإعطاء بدل وقد وجد فكانت الإقالة بيعاً لوجود معنى البيع فيها وإن تلفظا بلفظ الإقالة، لأن العبرة فــي العقود للمعاني لا للألفاظ والمباني، ولهذا أعطيت الإقالة أحكام البيع، وبناءاً عليه فــإن الإقالــة تبطل بهلاك السلعة، وترد بالعيب (كأن يحدث في المبيع عيب وقت ضمان المشتري ولم يعلم به البائع إلا بعد الإقالة فله الرد به)[2]، وكذلك تثبت به الشفعة وهذه في جوهرها أحكام البيع[3].

علاوة على أن المبيع عاد إلى البائع على الجهة التي خرج عليها منه، فلما كــان الأول بيعاً، فإن الثاني يكون بيعاً، والجهة التي خرج عليها هي الإقالة، وهي لفظ اقتضى معــه نقــل الملك بالتراضي على عوض معلوم متجسداً بالثمن الأول فكانت بيعاً كالأول[4].

المطلب الثاني: تكييف الإقالة على أساس أنها فسخ للعقد

وقد اعتبر هذا الرأي بأن الإقالة فسخ سواء كانت في حق المتعاقدين أم غيرهما وســواء وقعت قبل القبض أم بعده، ويستوفي في ذلك أن تكون بلفظ الإقالة أو بغيرها.

وقد اعتبر محمد بن الحسن الشيباني من الحنفية "أن الإقالة فسخ إلا أنــه لا يمكــن أن تجعل فسخاً -كما إذا تقايلا بعد القبض بالثمن الأول بعد الزيادة المنفصلة أو تقايلا بعد القــبض

---

[1] العيني، محمد محمود بن أحمد، **البناية في شرح الهداية**، ج6 ط1 1981، دار الفكر، دمشق، ص478. الزيلعي، أبــو محمد جمال الدين، **شرح كنز الحقائق**، ج4، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1314هجري، ص70. الزحيلــي وهبــة، **الفقــه الإسلامي وأدلته**، مرجع سابق، ص715، راجع أبو قاذان، محمد أحمد بن عبد الرحمن، **الاقالــة وأحكامهــا فــي الفقــه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير، جامعــة آل البيــت الأردنيــة، 2000م، ص25. **الموسوعة الفقهية**، مرجع سابق، ص327. المرغيناني، برهان الدين الرشداني، **الهداية، شرح بداية المبتــدي**، ط3 -4 دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1995، ص55.

[2] الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص209.

[3] العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج6، مرجع سابق، ص480.

[4] ابن قدامه، **المغني**، مرجع سابق، ص225.

بخلاف جنس الثمن الأول - فتجعل بيعاً للضرورة، إلا أنه لا يمكن جعله بيعاً كما في صورة بيع العروض بالدراهم بعد هلاكها، فتبطل الإقالة ويبقى العقد على حاله" واستدل محمد باللفظ اللغوي للفسخ والرفع يعني أن حقيقة ذلك كما يقال في الدعاء "اقلني عثراتي"[1]، فإذا أمكن العمل بالحقيقة لا يصار إل المجاز فيعمل بها وإذا تعذر يحمل على محمله وهو البيع[2].

وكذلك اعتبر زفر الإقالة أنها فسخ في حق الناس كافة[3]، فهي في اللغة عبارة عن الرفع مستنداً في ذلك لقوله عليه السلام "اقيلوا ذوي الهيئات عثراتهم إلا الحدود"[4].

والأصل أن معنى التصرف شرعاً ينبئ عنه اللفظ لغة، ورفع العقد فسخه ولأن البيع والإقالة، اختلفا اسما فمن الضرورة بمكان اختلافها حكماً وهذا هو الأصل، فإن كانت رفعاً فإنها لا تكون بيعاً، سيما وأن البيع إثبات والرفع نفي وبينهما تناف[5].

واستناداً لذلك فإن الإقالة على هذا التقرير فسخاً محضاً في حق الناس كافة (أي في حق المتعاقدين وغيرهما).

وتجدر الإشارة إلى أن الفقهاء استدلوا على اعتبار الإقالة فسخاً، بما ورد في السنة عن رسول الله (ص) إذا قال: (من أقال مسلماً أقال الله عثرته يوم القيامة)[6] وهي دلالة على أن الرسول (ص) استعمل لفظ الإقالة في رفع العقد واعتباره كأن لم يكن مما يدلل على أن الإقالة فسخاً للبيع، إذ أن التسمية في الدين لا تؤخذ إلا عنه فلا يجوز أن تسمى بيعاً، وقالوا قد صح الإجماع على جواز الإقالة في السلم[7].

---

[1] ابن أبي شيبه، عبد الله بن محمد، **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار**، ما كان يدعو به الرسول صلى الله عليه وسلم، الجزء السادس، لا يوجد مكان ودار نشر، لا يوجد سنة نشر، ص51.

[2] ابن الهمام، الكمال، **شرح فتح القدير**، مرجع سابق، ص247.

[3] التهانوي، ظفر أحمد العثماني، **إعلاء السنن**، تحقق حازم القاضي، ج14، دار الكتب العلمية، بيروت، ص253. السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص272. السالوس، علي أحمد، **فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر**، مرجع سابق، ص691.

[4] الحافظ، أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، **سنن أبي داود**، ج2، ط1، دار الجنان للطباعة والنشر، بيروت، 1988، ص538.

[5] **الموسوعة الفقهية**، مرجع سابق، ص326. عامر، عبد اللطيف محمد، الإقالة في العقود، مرجع سابق، ص43 .

[6] ابن ماجه، **سنن ابن ماجة**، ج2، مرجع سابق، ص741.

[7] ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، **المحلى**، ج9، دار الآفاق الجديدة، بيروت، ص3.

المطلب الثالث: تكييف الإقالة على أساس أنها فسخ في حق المتعاقدين عقد جديد في حق الغير

الإقالة فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق غيرهما سواء قبل القبض أو بعده، لقد أضفى هذا الرأي على الإقالة تكييفاً مزدوجاً مزج بصورة خلاقة بين البيع والفسخ على حد سواء، وقد تزعم هذا الرأي أبو حنيفة حيث استدل بدليلين هما:

أولاً: أن الإقالة تنبئ عن الفسخ والرفع والأصل في الكلام أن يحمل على حقيقته وأن تطلق الألفاظ في مقتضياتها الحقيقية، ولا يحتمل ابتداء العقد أصلاً ليحمل عليه عند التعذر، فهي رفع للعقد ورفعه مضادة فلا يجوز أن يجعل واحداً فكانت فسخاً واللفظ لا يحتمل ضده فصار باطلاً، لأن استعادة أحد الضدين للآخر لا يجوز كما عرف في موضعه، فيتعين البطلان (أي بطلان الإقالة)[1].

ولكون الإقالة فسخاً في حق المتعاقدين فإنها تبطل بولادة المبيعة أي بعد القبض لأن الولد زيادة منفصلة والفسخ معها متعذر لحق الشرع، حيث يترتب عليها ظلم المشتري بإعادة الزيادة مع الأصل ولا يمكن اعتبار الإقالة هنا بيعاً ليحمل على ابتداء العقد لأن معناها ضده[2].

ونظراً لاختلاف الإقالة والبيع اسماً فإنهما اختلفا حكماً فكانت على هذا التقرير فسخاً محضاً في حق الناس كافة.

وكونها بيعاً في حق ثالث أمر ضروري، لا باعتبار الصيغة بل لضرورة الحكم أي ثبوته بيعاً بطريق الضرورة وليس بطريق المجاز[3].

وبذلك لا يمكن إظهار معنى البيع في الفسخ في حق المتعاقدين للتنافي فأظهره أبو حنيفة في حق ثالث.

---

[1] الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج4، مرجع سابق، ص71. العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج6، مرجع سابق، ص479.
[2] الكواكبي، محمد بن حسن، **شرح الفوائد**، ط1، ج2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، ص35-36.
[3] الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج4، مرجع سابق، ص73. العيني، **البناية في شرح الهداية**، مرجع سابق، ص48.

وخوفاً من تفويت مقصود الشارع، فقد اعتبرت الإقالة بيعاً في حق ثالث في بعض الصور كالشفعة، حيث شرعت لدرء الضرر الذي سيحيق بالجوار أو خوفاً من الخلطة، ولهذا تجب الشفاعة للشفيع فيما إذا باع داراً فسلم الشفعة ثم تقايلا وعاد المبيع إلى ملك البائع، ولو كانت فسخاً في حق غيرهما لم يكن له ذلك[1].

ثانياً: أن لفظ الإقالة ينبئ عن الفسخ ومعناها ينبئ عن البيع لكونها مبادلة المال بالمال بالتراضي وجعلها فسخاً أو بيعاً لأحد الجانبين وأعمالهما ولو بوجه أولي[2].

واستناداً للقاعدة الشرعية التي تقضي بأن "أعمال الكلام أولى من إهماله متى أمكن فإن لم يمكن أهمل"[3]، فإنه لا يوجز إهمال الكلام واعتباره أجوفاً بلا معنى ما أمكن حمله على معنى حقيقي أو معنى مجازي، وإعمال الكلام يفترض بالضرورة حمله على المعنى الحقيقي أو المجازي، فإن تعذر ذلك أهمل[4].

وتأسيساً على ذلك، يمكن حمل الإقالة على البيع والفسخ، فهي تنبئ ابتداءاً عن الفسخ فتكون فسخاً في حق العاقدين، وتنبئ كذلك عن البيع فهي بيع في حق الغير.

والركون إلى كون الإقالة فسخاً فقط فيه إهمال صارخ للجانب الآخر، واعتبارها بيعاً فقط فيه أيضاً إقصاء للجانب الآخر، فإعمال الكلام في الإقالة أولى من إهماله فتؤكد بأنها فسخ وبيع.

ويكون بذلك جمع أبو حنيفة بين الرأيين ويمكن إيعاز ذلك لأسباب منها:

1 - أن المزج الخلاق في تقرير الإقالة لديه جاء موفقاً بين أدلة القائلين بأنها بيع، وبين أدلة القائلين بأنها فسخ، مطبقاً بذلك القاعدة الشرعية التي تقول "اعمال الكلام أولى من إهماله" فأدى ذلك إلى ميلادها بكيفية مزدوجة.

---

[1] ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج5، مرجع سابق، ص246.

[2] المرجع السابق، ص246.

[3] المادة (60) من **مجلة الأحكام العدلية**، وتقابل المادة (216) من **القانون المدني الأردني**.

[4] حيدر، علي، **درر الحكام، شرح مجلة الأحكام**، ج1، مرجع سابق، ص59. راجع أبو قاذان، **الاقالة وأحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص32.

2- تزاوج رأي أبو حنيفة مع الواقع والمصلحة، إذ استقرار المعاملات وثبات العقود يقضي بأن يكون الفسخ ذو أثر مقصور على المتعاقدين فقط ولا يمتد إلى سواهما رفعاً للأضرار، لـذلك فإن اعتبار الإقالة فسخ في حق العاقدين وبيعاً في حق غيرهما هو أقرب للواقع والمصلحة.

الفرع الأول: حكم الإقالة في مجلة الأحكام العدلية

يمكن القول، بأن مجلة الأحكام أجازت الإقالة حتى قبل تنفيذ العقد، ولا تنحصر الإقالـة قبل تنفيذ العقد، كما هو الحال في باقي فروض الإقالة، فقد تناولت مجلة الأحكام العدلية الإقالـة فنظمتها في المواد (190 -196)، وأوضحت بأن للإقالة ثلاثة أحكام[1]:

الحكم الأول: إن الإقالة فسخ موجبات العقد في حق المتعاقدين، فإذا تقايل المتبايعان البيـع بعـد قبض ثمن المبيع، فيجب رد مثل الثمن أو مقداره إذا اتفق عليه حسب العقد، إذ أن حقيقة الفسـخ رفع الأول بحيث يكون كأن لم يكن، فعلى ذلك ثبتت الحال الأولى، وثبوت هذه الحال يقتضـي رجوع عين الثمن لمالكه الأول، وعدم دخوله في ملك البائع.

الحكم الثاني: اعتبارها بيعاً جديداً في حق العاقدين، فيما لم يثبت بموجب العقد، أي مـا يكـون ثبوته بغير العقد، بل بأمر زائد عليه يعني بغير الإيجاب والقبول- وتفريعـاً علـى ذلـك إذا اشترى الرجل من آخر مالاً مقابل ما في ذمته من المال المؤجل قبل حلول الأجل، ثـم تقـايلا البيع، فلا يعود الأجل ويصير المطلوب معجلاً.

الحكم الثالث: أن تكون بيعاً جديداً في حق الشخص الثالث في بعض المسائل إذا كانت بعد قبض المبيع، كالشفعة، والرد بالعيب، الرجوع في الهبة، الرهن، الإجارة.

واعتبار الإقالة بيعاً جديداً، في حق الشخص الثالث فيما إذا وقعت الإقالـة بعـد قـبض المبيع، أما إذا وقعت قبله فهي فيما عدا العقار -من الأموال فسخ في حق الجميع لتعذر جعلهـا بيعاً[2].

---

[1] حيدر، علي، **درر الحكام، شرح مجلة الأحكام**، المجلد الأول، مرجع سابق، ص172 -174.

[2] المرجع السابق، ص 172 -174.

الفرع الثاني: تكييف الإقالة في القانون الأردني

بادئ ذي بدء، يمكن القول بأن المشرع الأردني قد تأثر بالفقه الإسلامي آخذاً معظم أحكامه منه، خاصة فيما يتعلق بالإقالة الذي لم يغفله الفقهاء، إذ أفاضوا كثيراً به قياساً مع ما تناوله الفقه الغربي، الذي لم يشغل لها إلا مكاناً ضيقاً محدوداً ولا تكاد تذكر إلا عند الإشارة إلى أنها اتفاق كسائر الاتفاقات تخضع لجميع القواعد العامة في الاتفاقات والعقود[1].

ويلاحظ بأن المشرع الأردني كان موفقاً كل التوفيق حين أفصح عن تكييف الإقالة بجلاء في المادة (243) منه، والتي تنص على أن "الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد، مما يؤكد انسجامه مع ما ذهب إليه أبو حنيفة في هذا الإطار وذلك نزولاً على الواقع بين الطرفين من ناحية وحماية للغير من ناحية أخرى.

فنص في المادة (242) على أنه "للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده" ونص في المادة (244) منه على أن "تتم الإقالة بالإيجاب والقبول في المجلس والتعاطي بشرط أن يكون المعقود عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة، ولو تلف بعضه صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض".

ولا مناص من تناول هذه الأحكام التي أفرد لها القانون نصوصاً في متنه ونضح بها قضاؤه - بشيء من التفصيل والإسهاب سيأتي الباحث على إيضاحها في معرض الفصل الثاني من الرسالة.

المطلب الرابع: ثمار الخلاف الفقهي في تكييف الإقالة

عرض الباحث فيما سبق آراء الفقهاء في تكييف الإقالة، وخلاصة الرأي الراجح منها، وهذا يقود للوقوف على الآثار التي تترتب على هذا التباين في الآراء والتصورات إذ يستتبع ذلك اختلاف في التطبيق العملي، ويمكن تلخيصه في فرعين.

[1] السنهوري، عبد الرزاق، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج4، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998 ص244.

الفرع الأول: كون الإقالة فسخ في حق العاقدين

ويترتب على هذا التقرير جملة من الفوائد نوجزها فيما يلي:

المسألة الأولى: الإقالة بالثمن الأول

إذا تقايل المتبايعان ولم يسميا الثمن الأول، أو سميا زيادة على الثمن الأول أو أنقاصا من الثمن الأول أو سميا جنس آخر سوى الجنس الأول (قل أو كثر) أو أجلا الثمن الأول، فالإقالة تكون على الثمن الأول، عند أبي حنيفة لأنها فسخ في حق العاقدين مما يفرض على البائع رد الثمن الأول وما سميا بخلافه يكون باطلاً، سواء قبل القبض أو بعده، وسواء أكان المبيع منقولاً أو غير منقول[1].

أن العقد قد وقع بالثمن الأول، وفسخ العقد رفعه، فيكون فسخه بالثمن الأول ضرورة لذلك تبطل الزيادة والنقصان والجنس الآخر والأجل وتبقى الإقالة صحيحة، لأن لفظ الإقالة اقتضى مثل الثمن، الأول والشرط ينافيه فبطل وبقي الفسخ على مقتضاه كسائر الفسوخ[2]، ولأن الإقالة مقصودها رد كل حق لصاحبه فالزيادة أو النقصان تخرج العقد عن مقصوده فيبطل[3].

وقال الكمال بن الهمام "إذا شرط الأكثر فالإقالة على الثمن لتعذر الفسخ على الزيادة لأن فسخ العقد عبارة عن رفعه على الوصف الذي كان قبله فالفسخ على الزيادة ليس كذلك لأن فيه رفع ما لم يكن ثابتاً وهو محال فيبطل الشرط لا الإقالة[4].

---

[1] الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج4، مرجع سابق، ص70. السنهوري، **مصادر الحق**، مرجع سابق، ص273. **الموسوعة الفقهية**، مرجع سابق، ص9. الفقي، حامد عبده، **الاقالة في عقد البيع**، مرجع سابق، ص48. عامر، عبد اللطيف محمد، الاقالة في العقود، مرجع سابق، ص53 -54. الغنيمي، **اللباب في شرح الكتاب**، مرجع سابق، ص32. التهانوي، **إعلاء السنن**، مرجع سابق، ص254. الزحيلي، وهبه، **الفقه الاسلامي وأدلته**، مرجع سابق، ص716.

[2] ابن قدامة، **المغني**، ج4، مرجع سابق، ص226. السالوس، **فقه البيع**، مرجع سابق، ص689.

[3] ابن قادمة، **المغني**، ج4، مرجع سابق، ص226.

[4] ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، مرجع سابق، ص249.

وتكون الإقالة أيضاً بذات الثمن المسمى الأول، لا بما يدفع عنه، باعتبارها فسخاً والفسخ لا يرد إلا على عين ما يرد عليه العقد، فكان اشتراط خلاف الثمن الأول باطلاً، ومن قبيل اللغو سواء خلافه في الجنس أو الكمية[1].

فلو كان المبيع ثمنه خمسمائة وتقايل المتبايعان بألف، صحت الإقالة بالثمن الأول وهو خمسمائة، لأنه لا يمكن تصحيحها بألف فبطل ذكر الألف ووجب على البائع رد الثمن الأول.

ولكن يستثنى من ذلك الحالة التي يحدث بها في المبيع عيب عند المشتري فيصح شرط الأقل من الثمن الأول فتجعل الزيادة بإزاء الجزء المحتبس عند المشتري، لأن الإقالة عند التعيب جائزة بالأقل، والحط يجعل بإزاء ما فات بالعيب[2].

وبناءً على ما تقدم يمكن القول بأن الإقالة من حيث اعتبارها فسخٌ فإنها لا تجوز إلا بمثل الثمن الأول، وما يطرأ عليها من شروط كشرط الزيادة أو النقصان أو خلاف الجنس والأجل يعتبر باطلاً وتصح الإقالة باستثناء حالة التعيب في المبيع.

وغني عن البيان أن الإقالة لا تبطل بالشروط الفاسدة•، كشرط الزيادة أو النقصان أو الجنس الآخر، إذ يبطل الشرط وتظل الإقالة صحيحة، بخلاف البيع سيما وأن الشرط يشبه الربا لأن فيه نفعاً لأحد المتعاقدين، وهو مستحق بعقد المعاوضة خال من العوض[3].

---

[1] الكواكبي، **شرح الفوائد**، ج2، مرجع سابق، ص36.

[2] ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج5، مرجع سابق، ص249. الكواكبي، **شرح الفوائد، ج2** مرجع سابق، ص36.

• الشرط الفاسد: هو "ما لم يكن صحيحاً وحقق منفعة لأحد المتعاقدين وكان في عقد من عقود المعاوضات المالية، وهو مذهب الحنفية في الشرط الفاسد وهذا هو علة تفريقهم بين عقود المعاوضات المالية وغيرها بالنسبة للشرط غير الصحيح الذي يحقق منفعة لأحد العاقدين وهو كله محل نظر وللمالكية والحنابلة في الموضوع نظرة أخرى تتفق مع توسعهم في صحة الشرط، والشرط الفاسد ثلاث أنواع: (1) مبطل للعقد من أصله (كشرط بيع آخر) كأن يقال بعتك هذه الدار على أن تبيعني فرسك. (2) ما يصح معه البيع كشرط ينافي مقتضاه أي البيع كاشتراط بائع على مشتر أن لا يبيع المبيع أو يهبه (فالشرط فاسد والبيع صحيح. (3) شرط لا ينعقد معه بيع وهو المعلق عليه البيع". راجع: مدكور محمد سلام، **نظرية العقد**، ج5، مرجع سابق، ص178.وراجع البهوتي، منصور بن يونس، **شرح منتهى الإرادات، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى**، دار الفكر العربي، بدون سنة نشر، ص163 -166.

[3] الكواكبي، **شرح الفوائد**، ج2، مرجع سابق، ص35. العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج6، مرجع سابق، ص481.

وبهذا المعنى فإن الإقالة تشبه البيع من حيث المعنى، فكان الشرط الفاسد فيه شبهة الشبهة فلا يؤثر في صحة الإقالة، كما لا يؤثر في صحة المبيع، بخلاف البيع فإن الزيادة فيه إثبات ما لم يكن بالعقد فيستحق الربا، ولأن في الشرط شبهة الربا وهي معتبرة[1].

وجاء في شرح كنز الحقائق "لا يؤثر الشرط الفاسد في الإقالة فإنها رفع ما كان، ورفع ما كان زائداً على ما كان لا يتصور"[2]، فهي لا تبطل بالشروط الفاسدة ولو كانت بيعاً في حقها لفسدت (أي الإقالة).

المسألة الثانية: الزيادة في المبيع

فالزيادة في المبيع إما أن تحدث قبل القبض أو بعده وكل منهما إما متصلة أو منفصلة وقبل الخوض في غمار الأثر الذي يترتب على الزيادة في المبيع فيما يتعلق بالإقالة وإمكانية حدوثها مع الزيادة من عدمه، لا بد من التطرق لمفهوم الزيادة وأحكامها بشيء من التفصيل.

أولاً: الزيادة الحادثة قبل القبض

فالزيادة قبل القبض إما أن تكون زيادة متصلة أو منفصلة.

أ - الزيادة المتصلة: وهي زيادة متصلة متولدة عن الأصل، وهي لا تمنع الرد كالحسن والجمال والسمن في المبيع وغيره، إذ أنها تكون تابعة للأصل حقيقة، فالحيوان المبيع الذي يكبر ويسمن في يد البائع أو بعد تسليمه للمشتري فكبره يكون غير مانع من الرد.

أما إذا كانت زيادة متصلة غير متولدة، كصبغ الثوب أو خياطته وكالبناء أو الغرس، فهذه الزيادة تمنع الرد لأنها أصل قائم بذاته وليست تابعة فلا يرد المبيع بدونها لتعذر الرد[3] كونها ليست تابعة في البيع فلا تتبع بالضرورة في الفسخ.

---

[1] ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج5، مرجع سابق، ص249. العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج6، مرجع سابق، ص481. المرغيناني، **الهداية شرح بداية المبتدي**، ج3، مرجع سابق، ص55.

[2] الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج4، مرجع سابق، ص71.

[3] جاء في مجلة الأحكام العدلية تعريف للزيادة في المادة (349) ونصت على "أن الزيادة وهي ضم شيء من مال المشتري وعلاوته إلى المبيع يكون مانعاً من الرد مثلاً ضم الخيط والصبغ إلى الثوب بالخياطة والصياغة وغرس الشجر في الأرض من جانب المشتري مانع للرد".

وذلك لأن المشتري يكون بها كالقابض للمبيع وهي بهذا المعنى تكون كأنها حدثت بعد القبض فتمنع الرد لأنها منفصلة عن الأصل، فإذا تعلق العقد بقماش وتمت خياطته فلا وجه في عدم الفسخ بالزيادة، كما أن الزيادة تكن مبيعاً، والفسخ إنما يرد على المبيع فقط، كما أنه لا وجه لفسخ العقد في الأصل والزيادة معاً، فإن ردت تلك الزيادة إلى البائع وليس لها مقابل، فهي ربا أو شبه ربا[1].

ب - الزيادة المنفصلة: فهي إما أن تكون متولدة من الأصل كالولد والثمرة واللبن ونحوه فلا تمنع الرد، وللمشتري الخيار إن شاء ردهما جميعاً وإن شاء رضي بهما جميعاً لأن الزيادة المنفصلة إذا كانت قبل القبض لا تمنع الفسخ والرفع[2]، أو تكون زيادة غير متولدة من الأصل، ومثالها الكسب والغلة والصدقة فلا تمنع الرد والفسخ بسائر أسباب الفسخ، لأنها ليست بمبيعه وإنما هي مملوكة بملك الأصل[3].

وعليه فإن الزيادة قبل القبض ليست بمانعة من الرد وبالتالي ليست مانعة من الفسخ، وحسب رأي أبو حنيفة فإنه اعتبر الفسخ قبل القبض أنه رفع للعقد من أصله لأن العقد بعد ضعيف لم يتكامل، وعليه يمكن القول أن الزوائد الحاصلة في المبيع قبل القبض سواء أكانت متصلة كالجمال أو منفصلة كالولد تنقلب بالفسخ إلى البائع وتصح بذلك الإقالة[4].

ثانياً: الزيادة الحادثة بعد القبض

أ - إما أن تكون زيادة منفصلة، كالولد.

في هذه الحالة فإن الإقالة تبطل بولادة المبيعة لامتناع الفسخ بسبب الزيادة المنفصلة لأنها بعد القبض، إذ يتعذر الفسخ معها حقاً للشرع[5].

---

[1] حيدر، علي، **شرح مجلة الأحكام**، ج1، مرجع سابق، ص358. الزحيلي، وهبه، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج4، مرجع سابق، ص569.

[2] ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج5، مرجع سابق، ص250.

[3] الزحيلي وهبه، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج4، مرجع سابق، ص569.

[4] الغزالي، محمد بن محمد، **الوسيط في المذهب**، كتاب البيع المجلد الثالث، ط1، دار إسلام للطباعة والنشر، 1997 ص138.

[5] العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج6، مرجع سابق، ص483. راجع، الفقي، حامد عبده، **الاقالة في عقد البيع**، مرجع سابق، ص53.

وقد جاء في شرح الفوائد "إما من أجل اعتبارها فسخاً في حق العاقدين تبطل بولادة المبيعة أي بعد القبض لأن الولد زيادة منفصلة والفسخ معها متعذر لحق الشرع وحيث أنه لا يمكن اعتبار الإقالة هنا بيعاً ليحمل على ابتداء العقد، لأن معناها ضده، ولأن البيع إثبات والإقالة رفع واللفظ لا يحمل ضده فتعين البطلان[1].

ب - أما إذا كانت الزيادة متصلة.

فإذا كانت الزيادة متصلة متولدة من الأصل كزيادة وزن الخراف مثلاً، فإن الإقالة صحيحة وهذا قول أو حنيفة[2] لأن الزيادة المتصلة عنده لا تمنع الفسخ متى وجد الرضا ممن له الحق في الزيادة ببطلان حقه في الزيادة، وقد وجد الرضا فأمكن تصحيحها فسخاً.

ثالثاً: عدم إعادة الكيل والوزن

لقد جاز بيع المكيل والموزون بلا إعادة الكيل والوزن، مما يعني أنه إن كان المبيع مكيلا أو موزوناً وقد باعه بالكيل أو الوزن ثم تقايلا واسترد البائع المبيع من غير أن يعيد الكيل أو الوزن جاز قبضه ولو كان بيعاً لم يجز[3].

وقد جاء في كشاف القناع "وتصح في مكيل وموزون ومعدود ومذروع بغير كيل ووزن وعد وزرع، لأنها فسخ، -أي الإقالة -"[4].

---

[1] الكواكبي، **شرح الفوائد**، ج2، مرجع سابق، ص35.

[2] الزيلعي، **شرح كنز الحقائق** مرجع سابق، ص70. الزحيلي وهبه، **الفقه الإسلامي وأدلته** مرجع سابق، ص569. العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج6، مرجع سابق، ص483.

[3] منلاخسرو الحنفي، محمد بن فرموز، **الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام**، مطبعة أحمد كامل، دار الخلافة بالعلية، 1330هـ، ص179. الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج4، مرجع سابق، ص72.

[4] المرداوي السعدي، علاء الدين أبي الحسن، **الانصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ج4، مرجع سابق، ص464. البهوتي، منصور، **كشاف القناع عن متن الاقناع**، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص249.

رابعاً: صحة هبة المقال فيه

لقد جازت هبة المبيع للمشتري، بعد الإقالة قبل القبض مما يعني أنه إذا وهب المبيع من المشتري بعد الإقالة قبل القبض جازت الهبة ولو كانت بيعاً لم تجز، لأن البيع ينفسح بهبة المبيع للبائع قبل القبض[1].

الفرع الثاني: فائدة كون الإقالة بيعاً

يترتب على كون الإقالة بيعاً لمجموعة من المسائل:

المسألة الأولى: الشفعة، فيما يرد بالإقالة

يقتضي القياس ألا يكون للشفيع حق الشفعة[2] فيما رد بالإقالة، إذا اعتبرت هــذه الإقالـــة فسخاً مطلقاً، وهذا القياس على أصل محمد وزفر من الحنفية لأن الإقالة عند محمد فســـخ إلا إذا لم يمكن جعلها فسخاً فتجعل بيعاً[3].

وعند زفر هي فسخ في حق الناس كافة[4]، أما سائر الحنفيـــة وكـــذلك بقيـــة المـــذاهب الأخرى، فإنها تعطي الشفيع حق الشفعة فيما رد بالإقالة[5].

فعلى اعتبار أنها (الإقالة) فسخ في حق العاقدين بيع في حق ثالث كما هو عند الحنفية أو على اعتبار أنها بيع في حقهما كما عند أبو يوسف[6]، فإن الشفيع يأخذ بالشفعة بعد تقابل البيع بين البائع والمشتري، وعليه فمن اشترى داراً ولها شفيع ولم يطلب الشفعة بعد علمه بالبيع،

---

[1] منلاخسروا الحنفي، **الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام**، مرجع سابق، ص341. ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص179. الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج4، مرجع سابق،ص 72.

[2] عرف القانون المدني الأردني الشفعة في المادة (1150) "أنها هي "حق تملك العقار المبيع أو بعضه ولو جبـــراً علـــى المشتري بما قام عليه من الثمن والنفقات" وعرفتها مجلة الأحكام في المادة (950) بأنها "تملك الملك المشترى بمقدار الثمن الذي قام على المشتري".

[3] الفقي، حامد عبده، **الاقالة في عقد البيع**، مرجع سابق، ص49.

[4] التهانوي، **إعلاء السنن**، ج14، مرجع سابق، ص253. السالوس، **فقه البيع والاستيثاق**، مرجع سابق، ص691.

[5] الفقي، حامد عبده، **الاقالة في عقد البيع**، مرجع سابق، ص50.

[6] الزحيلي، وهبه، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سابق، ص715.

ثم أقال العاقدان البيع، فثبت عندئذ للشفيع حق طلب الشفعة ثانيا، لأن الإقالة عقد جديد في حقه وهو المراد بالشخص الثالث هنا[1].

ويترتب على اعتبار الإقالة فسخاً في حق المتعاقدين عدم ثبوت الشفعة للشفيع، مما يقود للأخذ بمفهوم المخالفة الذي يفترض بثبوت حق الشفيع في الشفعة على اعتبار أنها بيع في حق غير المتعاقدين، ولغايات نفي الضرر فإن حق الشفيع في الشفعة بسبب البيع الذي تقايل منه المتعاقدان لا يسقط بل يثبت للشفيع حق جديد في الشفعة بالإقالة إن كان قد فاته الأخذ بها في البيع الأصلي.

وعند الحديث عن الإقالة في الشفعة سيتناول الباحث بإسهاب مجمل الأحكام المتعلقة بها وذلك في الفصل الذي يتضمن تطبيقات الإقالة.

المسألة الثانية: منع رجوع الواهب

على الرأي بأن الإقالة بيع يترتب عليها عدم قدرة الواهب الرجوع، إذا باع الموهوب له الموهوب من آخر ثم تقايلا، لأن الموهوب له لما تقابل مع المشتري منه صار كالمشتري من المشتري منه، فكأنما عاد إليه الموهوب بملك جديد، وهذا يمنع رجوع الواهب في هبته، فالثالث هنا هو الواهب[2].

المسألة الثالثة: هلاك عروض التجارة

إذا اشترى بعروض التجارة خيلا للحرث، بعد ما حال عليه الحول، فوجد به عيبا فرده بغير قضاء واسترد العوض، فهلكت بيده فإنه لا يسقط عنه الزكاة لأنه بيع جديد في حق ثالث وهو الفقير[3]، فتكون الإقالة في حقه بيع جديد حيث يكون بالبيع الأول مستهلكاً للعروض فتجب

---

[1] الزحيلي، وهبه، **الفقه الإسلامي وأدلته**، مرجع سابق، ص715.

[2] الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج4، مرجع سابق، ص72. ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص342. ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج5، مرجع سابق، ص250.

[3] الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج4، مرجع سابق، ص72.

الزكاة ولو كانت الإقالة فسخاً في حق الفقير لارتفع البيع الأول وصار كأنه لم يبع وقـــد هلكـــت العروض فلا تجب الزكاة[1].

وصورة هذه الحالة: فيما لو اشترى بالدين المؤجل عيناً قبل حلول الأجل ثم تقايلا يعود الدين حالاً كأنه باعه منه، وهذا يعني أن المشتري قد باع العين من البائع لأنه لما ســقط الــدين سقط الأجل[2]، وبذلك تصح المقابلة وكأنه باع المبيع من بائعه فيثبت له عليه دين جديد.

إذا اشترى شيئاً فقبضه ولم ينقد الثمن حتى باعه من آخر ثم تقايلا وعاد إلى المشـــتري فاشتراه منه، (أي أن البائع عاد إلى المشتري) قبل نقد ثمنه بأقل من الثمن الأول جاز وكان في حق البائع كالمملوك بشراء جديد من المشتري الثاني[3].

وإذا باع المشتري المبيع من آخر ثم تقايلا ثم اطلع على عيب كان في يد البائع فأراد أن يرده على البائع ليس له ذلك لأنه بيع في حقه فكأنه اشتراه من المشتري[4].

---

[1] ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص342.

[2] المرجع السابق، ص338.

[3] ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج5، مرجع سابق، ص250.

[4] الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج4 مرجع سابق، ص72. ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سبق ذكره، ص342.

المبحث الثالث

تمييز الإقالة عن غيرها

بادئ ذي بدء، وقبل الخوض في غمار الصلة والتي تفترض وجود أوجه الشبه أو الاختلاف - بين هذه النظم المتشابهة لا بد من التطرق للمعنى اللغوي الذي تنطوي عليه هذه النظم من جهة، والمعنى القانوني الذي أخذت به القوانين الوضعية (المصري والأردني) من جهة أخرى، وذلك للتحقق وعن كثب عن جدلية العلاقة التي ترتبط بها هذه النظم، وهي الفسخ والانفساخ والتفاسخ.

المطلب الأول تعريف الفسخ والانفساخ والتفاسخ (الإقالة)

الفرع الأول: الفسخ

أولاً: الفسخ لغة:

مأخوذ من فسخ الشيء يفسخه فسخاً، وتأتي في سياقات متباينة منها:

- التفريق: يقال فسخ الشيء: فرقه.

- الفساد: يقال فسخ رأيه فسخاً فهو فسخ: وفسخه فسخاً: أفسده.

- النقض: يقال فسخت البيع بين المتبايعين والنكاح، فانفسخ البيع والنكاح: أي نقضه فانتقض.

- الرفع: يقال فسخت العقد فسخاً: رفعته، وتفاسخ القوم العقد: توافقوا على فسخه، وكذلك يحمل الفسخ معنى الإزالة: فيقال فسخت المفصل عن موضعه: أي أزالته[1].

والذي يسترعي الانتباه في هذا المقام الفسخ الذي ينطوي على معنى النقض، لأن محور الحديث يدور عن الفسخ في العقود والمعاملات.

---

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص1095، الفيومي، **المصباح المنير**، مرجع سابق، ص567 **المعجم الوسيط**، مرجع سابق، ص694.

ثانياً: الفسخ في الاصطلاح القانوني

الفسخ هو "انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي"[1].

يلاحظ أن هذا التعريف جاء شاملاً كافة أنواع انحلال الرابطة العقدية ولا يصدق فقط على الفسخ، فليس الفسخ وحده يؤدي إلى انحلال الرابطة العقدية قبل أن تنتج أثرها الطبيعي وهو التنفيذ، بل أن الإلغاء بالإرادة المنفردة في العقود غير اللازمة والتي يمكن لأي من المتعاقدين إلغاء العقد بإرادته المنفردة كالوكالة والوديعة تؤدي إلى انحلال الرابطة العقدية[2].

وعرف الفسخ بأنه "انحلال الرابطة العقدية بأثر رجعي في العقود الملزمة للجانبين عندما يمتنع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه"[3].

نلاحظ بأن هذا التعريف أكثر وضوحاً وجلاءً لحقيقة الفسخ وخصائصه وتميزه عن غيره من النظم المشابهة والتي تؤول بالرابطة العقدية إلى الانحلال حيث تناول أساس الفسخ وهو امتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه مما يبرر حق المتعاقد الآخر بطلب الفسخ.

وهذا يقود للحديث عن العقد الملزم الجانبين متى انعقد صحيحاً لازماً فإنه يرتب التزامات متقابلة بين عاقديه وكذلك حقوق، بحيث يصبح كل منهما دائناً ومديناً في الوقت ذاته، وهذه الميزة التي يتمتع بها العقد الملزم للجانبين من حيث الارتباط بالالتزامات واعتبار التزام كل متعاقد سبباً لالتزام المتعاقد الآخر، هي تجسيداً لنظرية سبب الالتزام[4].

وتفرض بديهية الأمور أن عدم قيام أي من المتعاقدين بتنفيذ التزامه تمنح الطرف الآخر حقاً بطلب الفسخ وحل الرابطة العقدية وبالتالي التحلل من الالتزام المقابل، ما لم يطلب هذا العاقد التنفيذ العيني[5].

---

[1] سلطان أنور، **مصادر الالتزام**، مرجع سابق، ص282.

[2] بيان، فاطمة حسن محمد، **فسخ العقد في القانون المدني اليمني والقانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير، مكتبة الجامعة الأردنية، عمان، ص14.

[3] توفيق، حسن فرج، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، ط3، الدار الجامعية، بيروت، 1992، ص328.

[4] دواس، أمين رجا، **العقد والإرادة المنفردة**، مرجع سابق، ص234.

[5] الجبوري، ياسين محمد، **المبسوط في شرح القانون المدني**، ط1، مرجع سابق، ص449.

بتوافر امكانية التنفيذ العيني، لا يمكن طلب الفسخ احتراماً للالتزامات العقدية وهذا ما أخذت به مجلة الأحكام خلافاً إلى ما ذهب إليه القانون المدني الأردني والمصري اللذان أجازا طلب الفسخ في حالة الاخلال، ويلاحظ أن للدائن في العقود الملزمة للجانبين، علاوة على الحق في طلب التنفيذ العيني، الحق في طلب التنفيذ بطريق التعويض، ولكنه أي الدائن - قد لا يعجبه طريقة التعويض لانه طويل ويكتنفه الجهد والنفقات، فيلجأ لكي يتخلص من الرابطة العقدية إلى طريق الفسخ، الذي يمثل حل للرابطة العقدية في العقود الملزمة للجانبين[1].

ولا بد من الإشارة إلى أن القانون الأردني لم يتطرق إلى تعريف الفسخ بالحرفية المعهودة، وإنما ذكر من جملة ما ذكر، الحالات التي يجوز فيها فسخ العقد وذلك تطبيقاً لنص المادة (246) من القانون المدني والتي جاء فيها:

1 - "في العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بما وجب عليه بالعقد جاز للعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه"، لكن محكمة التمييز الأردنية في قرار لها اعتبرت أنه "إذا كانت الدعوى في حقيقتها مطالبة بأقساط التأمين سيارات، لم يتم دفعها في الوقت المحدد، أي مبالغ مستحقة وليس مطالبة بفسخ عقود التأمين فإن مطالبة المدعية هذه لا يستوجب توجيه إنذار حسب أحكام المادة (246) من القانون[2].

2 - "ويجوز للمحكمة أن تلزم المدين بالتنفيذ للحال أو تنظره إلى أجل مسمى ولها أن تقضي بالفسخ وبالتعويض في كل حال إذا كان له مقتضى".

ومن سياق النص أعلاه يتضح أن المشرع لم يورد تعريفاً للفسخ وإنما أوضح إمكانية طلب الفسخ ومن ثم تحققه بتوافر شروط يمكن إيرادها كالآتي:

1 - عدم تنفيذ المدين لالتزامه أو الإخلال في تنفيذه.

---

[1] المرجع السابق، ص250.

[2] قرار محكمة تمييز حقوق رقم 2003/3046 (هيئة خماسية) بتاريخ 2004/1/8 منشورات مركز عدالة، بيرزيت. 2008/3/22م.www.adaleh.com

2 - أن يرجع عدم التنفيذ أو الإخلال فيه للمدين.

3 - وأن يكون بالمقابل قد نفذ طالب الفسخ التزامه المترتب عليه أو كان مستعداً لتنفيذه.

4 - وأخيراً أن يكون لدى طالب الفسخ القدرة على إعادة المال إلى ما كان عليه قبل التعاقد.

ولذلك يمكن القول إلى أن المشرع الأردني قد خصص لانحلال العقد المواد (241 - 249) معالجاً فيها الإقالة والفسخ.

أما القانون المدني المصري فقد عالج أحكام الفسخ والانفساخ والدفع بعدم التنفيذ[1]، تحت نطاق انحلال العقد، وذلك في المواد (157 -161) من القانون.

وأياً كان الاختلاف في أحكام الفسخ بين التشريعات المدنية الوضعية فلا تعدو عن كونها إما اتفاقية أو قضائية أو قانونية، كما أن الإقالة يلزم بحثها ضمن انحلال الرابطة العقدية.

الفرع الثاني: أنواع الفسخ

سبق وأن تم تعريف الفسخ بصورة عامة على أنه تحلل من العقد تنفرد به العقود الملزمة للجانبين، إذ تتسم هذه العقود بالتبادل بين الالتزامات الناشئة عنه بين طرفيه، وينبني على ذلك أن يكون تنفيذ أحد طرفيه لالتزامه أثراً على التزام الطرف الآخر من جهة، كما يقضي تنفيذ أحد المتعاقدين لالتزامه وجوب تنفيذ المتعاقد الآخر لالتزامه ولو جبرا، من جهة أخرى، وامتناع أحد المتعاقدين عن تنفيذ التزامه بمنح الحق للعاقد الآخر في حل الرابطة العقدية عن طريق الفسخ.

وعند الحديث عن الفسخ لا مناص من إيضاح الكيفية التي يتقرر بها، فهو قد يكون إما اتفاقياً أو قضائياً.

[1] الفضل، منذر، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996 ص313.

المسألة الأولى: الفسخ القضائي

الأصل أن يقع الفسخ بحكم القضاء، إذا ما توافرت الشروط التي سبق الإشارة إليها، وقد تقرر هذا النوع من الفسخ في المادة (246) من القانون المدني الأردني، والتي أشار الباحث إليها في معرض الحديث عن تعريف المشرع الأردني للفسخ، ويتضح من نص المادة أن الأصل في الفسخ أن يكون قضائياً، إلا أن القاضي لا يقضي به من تلقاء ذاته بل يشترط أن يقدم له طلب بذلك الدائن، والذي يحتج بعدم تنفيذ مدينه لالتزامه في العقود الملزمة للجانبين، والدائن حر في تقديم طلب بذلك أو المطالبة بالتنفيذ العيني[1]، والقاضي وقبل أن يحكم بالفسخ عليه التأكد ابتداءاً من توافر شروطه، ويتمتع عند الحكم بالفسخ أو رفضه بسلطة تقديرية إزاء ذلك[2]، ولكنه عادة يمتنع عن إجابة طلب الدائن للفسخ ويلزم المدين بتنفيذ الباقي من التزامه إذا كان ما تخلف عن تنفيذه المدين من التزامه جزءاً تافهاً قياساً للالتزام في جملته.

لا بد في هذا الإطار الإشارة إلى شروط ثلاث لا بد من توافرها حتى يتمكن القاضي من الحكم بالفسخ وهي:

1- أن لا يظل تنفيذ العقد ممكناً.

2- أن يطلب الدائن فسخ العقد دون تنفيذه.

3- أن يظل المدين على تخلفه.

وإذا ما توافرت هذه الشروط وتحقق ما ينسب للمدين من تقصير أو خطأ فإن الفسخ القضائي يقع ويكون الحكم منشئاً للفسخ[3]، وليس مقرراً له ولا يعتبر العقد مفسوخاً إلا من تاريخ صيرورة الحكم نهائياً[4].

---

[1] السرحان، عدنان إبراهيم، وخاطر، نوري حمد، **مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)** ط1، مرجع سابق، ص303.

[2] سعد، أحمد محمود، **مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988، ص205 وما بعدها. أبو البصل، عبد الناصر، **النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق، ص350.

[3] المصري، محمد محمود وعابدين، محمد أحمد، **الفسخ والإنفساخ والتفاسخ**، مرجع سابق، ص33.

[4] طلبة، أنور، **نفاذ وإنحلال البيع**، دار الكتب القانونية، مصر، 2003، ص 389.

وقد تناولت المادة (2/246) من القانون المدني الأردني سلطة القاضي إزاء طلب الفسخ القضائي، فيما يتعلق بمنح المدين أجلاً لتنفيذ التزامه أو ما تبقى منه، ويكون ذلك إذا كان المدين حسن النية ولم يتعمد الإخلال بالتزامه، ولكن القاضي لا يمنح المدين هذا الأجل إذا فيه إضرار جسيم بالدائن[1].

وفي هذا السياق لا بد من الإشارة إلى أن القانون المدني المصري في المادة (157) قد نص على الفسخ القضائي وجاء فيها

"1) وفي العقود الملزمة للجانبين إذا لم يوف أحد المتعاقدين بالتزامه جاز للمتعاقد الآخر بعد اعذاره المدين أن يطالب بتنفيذ العقد أو بفسخه مع التعويض في الحالتين، إذ كان له مقتضى.

2) ويجوز للقاضي أن يمنح المدين أجلاً إذا اقتضت الظروف ذلك، كما يجوز له أن يرفض الفسخ إذا كان ما لم يوف به المدين قليل الأهمية بالنسبة للالتزام في جملته".

ويلاحظ بأن هذه المادة (157) تقابل المادة (246) من القانون المدني الأردني، والمادة (170) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

المسألة الثانية: الفسخ الاتفاقي

للمتعاقدين أن يتفقا وقت إنشاء العقد على إمكان فسخ الرابطة العقدية بحكم الاتفاق وهذه الجوازية بين الأطراف تمكنهم من سحب سلطة القاضي أو تضيقها فيما يتعلق بالفسخ لأن هذه السلطة إزاء الفسخ ليست من النظام العام[2].

وقد أجاز المشرع الأردني ذلك عندما نص في المادة (245)[3]، من القانون المدني على أنه "يجوز الاتفاق على أن يعتبر العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة إلى حكم قضائي عند

---

[1] السرحان، عدنان ابراهيم وخاطر، نوري حمد، **مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)**، مرجع سابق، ص305، أنظر ببان، فاطمة حسن محمد، **فسخ العقد في القانون المعدل اليمني والقانون المدني الأردني**،مرجع سابق، ص36 وما بعدها.

[2] السرحان، عدنان ابراهيم وخاطر، نوري حمد، **مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)**، مرجع سابق، ص305.

[3] وهي تقابل نص المادة (158) من القانون المدني المصري.

عدم الوفاء بالالتزامات الناشئة عنه وهذا الاتفاق لا يعفي من الأعذار، إلا إذا اتفق المتعاقــدان صراحة على الإعفاء منه".

وهذا النوع من الفسخ يسمى "بالفسخ الاتفاقي" على اعتبار أنه ثمرة الاتفاق عليه إلا أن هذا الاتفاق لا يعني بالضرورة إعفاء الدائن من ضرورة أعذار المدين، وإذا مــا أريــد تقريــر الإعفاء يستلزم الاتفاق صراحة على ذلك.

ومثال ذلك: أن يتفق البائع والمشتري على اعتبار العقد مفسوخاً من تلقــاء نفســه دون حاجة إلى حكم أو إعذار أو لم يقم المشتري بدفع الثمن في الوقت المحدد.

وتكمن أهمية الاعذار في إثبات تقصير المدين في الوفاء بالتزامــه ممــا قــد يحمــل القاضي على الاستجابة لطلب الفسخ[1]، لذلك يشترط فيه أن يكون بورقــة رســمية مــن أوراق المحضرين يبين الدائن فيه أن يطلب من المدين تنفيذ التزامه[2].

إلا أن المشرع الأردني نص في المادة (362)[3]، على إعفاء الدائن من واجب الاعــذار قبل المطالبة بالفسخ.

وتجدر الإشارة إلى أن المادة (245) تناولت شرطاً فاسخاً صريحاً الــذي قــد يضــمنه العاقدان في العقد أو في اتفاق لاحق ولا يعتبر هذا الشرط صريحاً إلا إذا كان يفيد انفساخ العقد من تلقاء نفسه بمجرد تخلف أحد الطرفين عن الوفاء بالتزامه وصراحة هذا الشرط يؤدي إلــى سلب القاضي سلطته التقديرية في تقرير الفسخ ومع ذلك قد يعارض المدين في تقريــر فســخ

---

[1] سلطان، أنور، **مصادر الالتزام**، مرجع سابق، ص290.

[2] طلبه، أنور، **نفاذ وإنحلال العقد**، مرجع سابق، ص28.

[3] نصت المادة (362) من القانون المدني الأردني أنه: لا ضرورة لاعذار المدين في الحالات التالية:

1) إذا أصبح تنفيذ الالتزام غير ممكن أو غير مجدي بفعل المدين.
2) إذا كان محل الالتزام تعويضاً ترتب على عمل غير مشروع.
3) إذا كان محل الالتزام رد شي يعلم المدين أنه مسروق، أو شي تسلمه دون حق وهو عالم بذلك.
4) إذا صرح المدين كتابة أنه لا يريد القيام بالتزامه.

العقد، مما يحتم العودة للمحكمة، إلا أن القاضي لا تكون له أي سلطة تقديرية إزاء الفسخ ولا يستطيع رفضه.

وقد اعتبر القضاء في مصر أن هذا الاتفاق يسلب القاضي سلطته التقديرية بقوله "لئن كان الاتفاق على أن يكون العقد مفسوخاً من تلقاء نفسه دون حاجة تنبيه أو إنذار عند الإخلال بالالتزامات الناشئة عنه من شأنه أن يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ، إلا أن ذلك منوط بتحقق المحكمة من توافر شروط الفسخ لاتفاقي ووجوب إعماله، ذلك أن للقاضي الرقابة التامة للتثبت من انطباق الشرط على عبارة العقد"[1].

إن الفسخ بشقيه سواء كان اتفاقياً أم قضائياً يرد على كل العقود الملزمة للجانبين سواء ما كان منها زمنياً أو فورياً ويترتب الحكم به انحلال العقد واعتباره كأن لم يكن، غير أن هذا الأثر الرجعي للفسخ لا ينسحب على الماضي إلا في العقود الفورية، أم في عقود المدة (الزمنية) فلا ينصرف إلا للمستقبل لأنه لا يمكن إعادة ما نفذ منها[2]، كعقد الإيجار.

الفرع الثالث: آثار الفسخ

تناولت المادة (248) من القانون المدني الأردني آثار الفسخ فنصت على أنه "إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض".

يتضح من النص أن العقد إن فسخ سواءاً كان قضائياً أو اتفاقياً أو حتى انفساخاً بقوة القانون كما سنرى فإنه يترتب عليه انحلال الرابطة العقدية بين الطرفين، بحيث يعود كلا المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل التعاقد، مما يعني أن للفسخ أثراً رجعياً، يستند أثره إلى وقت إبرام التصرف، وبذلك يعتبر العقد كأن لم يكن.

---

[1] موسوعة الأحكام العربية، (موسوعة الأحكام المصرية) نقض مصري (الطعن رقم 161 لسنة 36 ق - جلسة 1970/11/26 س 21ص 1181) 2008/4/20م. www.mohamoon-ju.net.

[2] المصري، محمد محمود وعابدين محمد أحمد، **الفسخ والإنفساخ والتفاسخ**، مرجع سابق، ص46. الشواربي، عبد الحميد، فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه، ط3، دار المعارف، الإسكندرية، 1997، ص26.

وهذا يستتبع بالضرورة إعادة كلا العاقدين ما كانا قد قبضاه في ظل العقد ففي عقد البيع مثلاً: إذا فسخ يلتزم البائع برد ما قبضه من ثمن للمشتري ويلتزم هذا الأخير برد ما كان قد تسلمه من مبيع، وفي حالة استحال الرد يحكم بالتعويض بصورة تضع العاقدين بنفس الحالة السابقة على التعاقد[1].

فإذا حكم القاضي بفسخ العقد فإنه ينحل لا من وقت النطق بالحكم فحسب بل من وقت نشوء العقد لأن الفسخ له أثر رجعي ويعتبر العقد المفسوخ كأن لم يكن[2].

ويترتب على الفسخ آثار بالنسبة للغير علاوة على الآثار التي يرتبها بحق عاقديه إذ ينحل العقد بالنسبة لهذا الغير بأثر رجعي، وهذا هو الأصل، فإن كان العقد بيعاً مثلاً: فإن انحلاله يجعل المشتري كأنه لم يملك المبيع في أي وقت مضى، وبناءاً على ذلك فإن التصرفات الصادرة من المشتري في المبيع تعتبر تصرفات صادرة من غير مالك[3]، ولا يكون لها أي أثر في حق البائع بل يعود المبيع إلى البائع خالياً من كل حق قرره المشتري عليه لشخص آخر.

إلا أن هذا الأصل يرد عليه استثناء يتعلق بالغير حسن النية وقد أوردها شراح القانون المصري[4]، بحيث لا يؤثر انحلال العقد على الغير وهي:

الأولى: ما لو كان التصرف متعلقاً بعقار عليه حق عيني وسجل في السجل العقاري وكان صاحب الحق قد اكتسبه بحسن نية، وكذلك دخول العين المنقولة إلى حائز حسن النية.

الثانية: إذا اكتسب الغير حقاً على محل العقد بواسطة عقد من عقود الإدارة، لأن المشتري باعتباره مالكاً تحت شرط فاسخ له حق الإدارة وهو في إدارته يعتبر نائباً عن البائع[5].

---

[1] مرقس سليمان، **أصول الالتزامات**، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1961، ص321.

[2] السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، **مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)**، مرجع سابق، ص 307.

[3] الشواربي، عبد الحميد، **فسخ العقد**، مرجع سبق ذكره، ص55.

[4] مرقس سليمان، **أصول الالتزامات**، مرجع سابق، ص323.

[5] سلطان، أنور، **مصادر الالتزام**، مرجع سابق، ص296.

علاوة على ذلك فقد أورد المشرع الأردني نصاً خاصاً تضمنته المادة (1345) من القانون المدني حيث جاء فيها "ينفذ الرهن التأميني في حق غير المتعاقدين من تاريخ تسجيله في دائرة التسجيل قبل أن يكتسب الغير حقاً عينياً على العقار المرهون".

ونلاحظ أن الغير الذي قرر له المشتري حقاً عينياً على المبيع لا يتأثر حقه بالفسخ طالما أنه حسن النية وشهر حقه، كما أشارت لذلك المذكرة الإيضاحية وذلك بشرط أن يتم ذلك قبل أن يكتسب هذا الغير حقاً عينياً على العقار المرهون[1].

وكذلك تناول القانون المدني المصري حالة الدائن المرتهن رهناً رسمياً والذي كسب حقه بحسن نية وقام بشهره وفقاً لأحكام القانون كإحدى الاستثناءات الواردة على الأثر الرجعي للفسخ ونص في المادة (1034) منه على "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي ابرم فيه الرهن".

ومؤدى ذلك أن يظل حق الغير قائماً وموجوداً ويرد العقار من المشتري للبائع مثقلاً به، رغم فسخ العقد الناقل للملكية[2]، وزواله زوالاً مستنداً إلى تاريخ نشوئه[3].

وللتمييز بين التفاسخ (التقايل) والفسخ يمكن القول بأن:

- التفاسخ: يتم برضا الطرفين بعد إبرام العقد[4] ولا يشترط فيه إخلال أحد طرفيه بالتزاماته.

- الفسخ: يقع بحكم القضاء أو بقوة القانون ويعتبر بمثابة الجزاء الذي يترتب على إخلال أحد المتعاقدين بالتزامه.

---

[1] **المذكرات الايضاحية**، مرجع سابق، ص771.

[2] الشواربي، عبد الحميد، **فسخ العقد**، مرجع سابق، ص57.

[3] مرقس، سليمان، **أصول الالتزامات**، مرجع سابق، ص324.

[4] أجازت المادة (242) من القانون المدني "للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما وأن الإقالة تتم بالايجاب والقبول"، قرار تمييزي حقوق رقم 2006/3694 (هيئة خماسية) تاريخ 2007/3/26م، منشورات مركز عدالة، بيرزيت. 2008/3/22م، www.adaleh.com.

- التفاسخ: عقد يبرم بقصد إزالة عقد آخر سبق إبرامه بين نفس الأشخاص، وتفريعاً على ذلك فإنه يلزم رضا الطرفين على العقد، ولا تكفي إرادة أحدهما كي يتم التفاسخ أو التقايل، باعتبار أن ما تقيمه الإرادة المشتركة لا تنقضه الإرادة المنفردة[1].

- الفسخ: الاتفاق عليه يكون في نفس العقد بموجب شرط فاسخ صريح، وتكون صيغته صريحة قاطعة الدلالة على وقوع الفسخ حتماً ومن تلقاء نفسه، بمجرد حصول المخالفة الموجبة له، لذلك يسلب القاضي كل سلطة تقديرية في صدد الفسخ[2].

- التفاسخ: الأصل أنه يزيل العقد لا بالنسبة للمستقبل فحسب بل بالنسبة للماضي، وهو يتشابه مع الفسخ الاتفاقي، إلا أن هذا التشابه لا يكون إلا في العلاقة بين المتعاقدين وخلفهم العام والخاص[3]، بينما في التفاسخ لا يكون فيما يتعلق بالغير فيه أثراً رجعياً، فتكون بالنسبة لهم عقداً جديداً، خوفاً من الإضرار بهم.

- إذا كان الفسخ الاتفاقي أساسه الإرادة المشتركة للمتعاقدين، فإن هذا لا يعني أن التقايل هو صورة من الفسخ الاتفاقي بل أنه نظام قانوني له خصائصه التي تميزه.

المطلب الثاني: الانفساخ

لا بد من التطرق لتعريف الانفساخ في اللغة والإصطلاح.

---

[1] وقد قررت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها جاء فيه "القانون يجيز للعاقدين إقالة العقد برضاهما، وليس من حق أحدهما الرجوع من الإقالة بإرادته المنفردة "قرار تمييزي، تمييز حقوق رقم 78/166 مجلة نقابة المحامين، ط2، مرجع سابق، بتاريخ 1987. ص157

[2] طلبة، أنور، **نفاذ وانحلال العقد**، مرجع سابق، ص28.

[3] الخلف العام: هو من يخلف السلف في ذمته المالية كلها أو في جزء منها، باعتبارها مجموعة أموال، وهذا هو الوارث الذي يخلف المورث، في تركته أو الموصى له بقدر منها كالربع أو الخمس، بالنسبة للخلف العام فإن أثر العقد ينصرف إليه سواءاً من حيث ما يقرره من حقوق أو ما يوجبه من التزامات وذلك على أساس أن الوارث تعتبر امتداداً لشخصية مورثه.

الخلف الخاص: هو من يخلف السلف في حق عيني على شيء محدد أو في ملكية مال معين كالمشتري والموهوب له والموصي له بعين معينة من أعيان التركة.

* أنظر توفيق حسن فرج، **النظرة العامة للالتزام**، ط3، مرجع سابق، ص312، وما بعدها.

الفرع الأول: تعريف الانفساخ

أولاً: تعريف الانفساخ لغة

الانفساخ لغة: مصدر فسخ ومعناه الانتقاض، يقال فسخت البيع والنكاح فانفسخ البيع والنكاح أي نقضه فانتقض[1].

ثانياً: تعريف الانفساخ اصطلاحاً

أما في الاصطلاح القانوني يمكن تعريف الانفساخ بأنه "حل الرابطة العقدية بحكم القانون"[2].

من البديهي القول أن العقد وكما يجوز فسخه عند إخلال أحد طرفيه بتنفيذ التزاماته يتقرر كذلك انفساخه عندما يكون عدم تنفيذ الالتزام راجعاً لقوة قاهرة، ولكن قد يثور في هذا الصدد تساؤل مفاده، أن انقضاء أحد الالتزامات لاستحالة تنفيذه، هل يؤدي إلى انقضاء الالتزام المقابل حتماً، أم أن الالتزام الذي لم يستحل يظل قائماً ولا مناص من تنفيذه؟

لقد أجابت على هذا التساؤل وبوضوح المادة (247) من القانون المدني الأردني حيث جاء فيها: "في العقود الملزمة للجانبين إذا طرأت قوة قاهرة تجعل تنفيذ الالتزام مستحيلاً انقضى معه الالتزام المقابل له وانفسخ العقد من تلقاء نفسه"[3].

وتجدر الإشارة إلى أن هذه المادة تقرر ما يسمى "بالانفساخ" وهو وسيلة لانحلال العقد، ويتميز في هذا السياق عن الفسخ في شرط الاستحالة في تنفيذ أحد الأطراف لالتزاماته بسبب القوة القاهرة، في حين أن الفسخ يستلزم بالضرورة أن يكون المدين مقصراً في تنفيذ التزامه،

---

[1] ابن منظور، **لسان العرب**، مرجع سابق، ص1095.

[2] فودة، عبد الحكم، **إنهاء القوة الملزمة للعقد**، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1993، ص574، أبو البصل، عبد الناصر موسى، **النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق، ص352.

[3] تقابل المادة (159) من القانون المدني المصري. وتقابل المادة (172) من مشروع القانون المدني الفلسطيني.

وإثبات هذا التقصير يتضح جلياً بفكرة الإعذار رغم إمكانية تنفيذ العقد، لذلك إن لم يتفق الأطراف صراحة على الفسخ الإتفاقي يتم الفسخ في الأصل عن طريق القضاء[1].

علاوة على ذلك فإن الانفساخ لا يشترط فيه الاعذار، ولا يتم بالتالي اللجوء للقضاء وإنما ينفسخ العقد من تلقاء ذاته، ويكون دور القاضي في هذا المقام التأكد من صيرورة التزام المدين مستحيلاً بسبب القوة القاهرة، التي لا يد له فيها، والاستيثاق من تحقق الاستحالة بسبب أجنبي[2].

ولا بد من الإشارة إلى أن الاستحالة الواردة والتي ينقضي معها الالتزام لانتفاء القدرة على تنفيذه هي الاستحالة المطلقة، أو الكلية.

وبهذا المعنى نصت المادة (569) من القانون المدني المصري على أن "إذا هلكت العين المؤجرة أثناء الإيجار هلاكاً كلياً انفسخ العقد من تلقاء نفسه".

أما إذا كانت الاستحالة جزئية أو نسبية ذاتية متعلقة بشخص المدين فإن ذلك لا يؤدي إلى انفساخ العقد، بل يلزم المدين بالتعويض عن عدم تنفيذه لالتزامه[3].

وفيما يتعلق بالاستحالة الجزئية كهلاك بعض المبيع في يد البائع قبل التسليم فقد عالجت المادة (247) وأوردت حكماً لهذه المسألة بقولها "فإذا كانت الاستحالة جزئية انقضى ما يقابل الجزء المستحيل" ففي مثال البيع يسقط نصف الثمن إذا هلك نصف المبيع قبل التسليم.

ولعل ما جاء في المادة (2/500) من القانون الأردني بشأن عقد البيع يؤكد بصورة أو بأخرى الحكم العام الذي تضمنته المادة (247) من نفس القانون بشأن الاستحالة الجزئية، حيث جاء فيها: (1) إذا هلك المبيع قبل التسليم بسبب لا يد لأحد المتابعين فيه انفسخ العقد واسترد

[1] دواس، أمين رجا، **العقد والإرادة المنفردة**، مرجع سابق، ص243.

[2] سلطان، أنور، **مصادر الالتزام**، مرجع سابق، ص298.

[3] السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، **مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)**، مرجع سابق، ص309.

المشتري ما أداه من ثمن" (2) "فإذا تلف بعض المبيع يخير المشتري إن شاء فسخ البيع أو أخذ المقدار الباقي بحصته من الثمن".

الفرع الثاني: أثر الانفساخ

يترتب على إنفساخ العقد زواله من تلقاء نفسه وبقوة القانون، دون حاجة إلى حكم القضاء وزوال العقد يعني زوال الالتزامات المترتبة عليه، لذلك يقال أن تبعة استحالة تنفيذ الالتزام بقوة قاهرة تكون على المدين بهذا الالتزام[1].

وقد تناولت المادة (248) من القانون المدني الأردني الآثار التي تترتب على انفساخ العقد أو فسخه وجاء فيها "إذا فسخ العقد أو انفسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض".

وعليه فإن المبدأ العام في نتائج الانفساخ أنه يتوجب إعادة العاقدين إلى سابق وضعهما قبل التعاقد[2]، على اعتبار أن العقد كأن لم يكن وزواله بالانفساخ بأثر رجعي، لذا يتوجب أن يقوم كل متعاقد برد ما كان قد قبضه في ظل العقد وفي حالة عدم القدرة على الرد وكان غير ممكن في حالة الفسخ يلتزم المدين بالتعويض، ولكن في ظل الانفساخ لا يلتزم بذلك والعلة جلية في ذلك سيما وأن الفسخ يثبت فيه تقصير المدين في تنفيذ التزامه، بينما الانفساخ يتم بصيرورة التزام المدين مستحيلاً بقوة قاهرة مما يترتب عليه إعفاء المدين من التنفيذ ومن التعويض لعدم التنفيذ[3].

غير أن التمسك بالقوة القاهرة التي ترتب عليها انفساخ العقد غير جائز ممن سبق له ادعاء تنفيذ التزامه "وعليه فإن ادعاء المدعى عليها في إجابتها على لائحة الدعوى أنها نفذت

---

[1] السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، **مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات)**، مرجع سابق، ص310.

[2] الزرقا مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام الفقه الإسلامي في ثوبه الجديد**، ط1، مرجع سابق، ص596.

[3] دواس، أمين رجا، **العقد والإرادة المنفردة**، مرجع سابق، ص345.

كافة التزاماتها العقدية بما في ذلك دفع المستحقات للمدعية يجعل من الدفع بالقوة القاهرة في غير محله"[1].

وفي ذات الإطار تناولت المادة (160) من القانون المدني المصري آثار الفسخ ونصت على أنه "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

ومؤدى هذه المادة أنه إذا فسخ العقد سقط أثره بين المتعاقدين واعتبر كأن لم يكن وأعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرامه[2].

وللتميز بين الانفساخ والإقالة يمكن القول بأن هناك فرق بينهما:

- الانفساخ: يقع بقوة القانون عند استحالة تنفيذ الالتزامات الناشئة عنه.

- الإقالة: يمكن أن يتم بالاتفاق قبل تنفيذ الالتزامات العقدية مع بقاء التنفيذ ممكناً، كما يمكن أن تقع أثناء أو بعد تنفيذها.

المطلب الثالث: التفاسخ (الإقالة)

لقد نظم القانون المدني الأردني أحكام الإقالة مستمداً معظم أحكامها من الفقه الإسلامي، حيث أجاز للطرفين، وفقاً للمادة (242) من القانون أن يتقايلا العقد بعد انعقاده وقبل تنفيذه حيث نصت صراحة على أن " للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما بعد انعقاده".

وبذلك تعتبر الإقالة عقداً قد ميز في أثره بين المتعاقدين من جهة والغير من جهة أخرى، وبذلك قالت المادة (243) منه "أن الإقالة في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد".

---

[1] **مجلة نقابة المحامين** تمييز حقوق رقم 97/928، ، السنة الخامسة والأربعون، العدد الثاني عشر لسنة 1997 ص4582.

[2] **موسوعة الأحكام العربية**، مرجع سابق. ص381.

والإقالة بهذا المعنى يترتب عليها أمران:

الأول: فيما يتعلق بالعاقدين نطبق أحكام الفسخ وهذا يعني بالضرورة أن يكون لها أثراً رجعيـــاً بين المتعاقدين أي عودتهما للحالة التي كانا عليها قبل التعاقد ابتداءاً.

فإذا كان القبض قد تم قبل الإقالة يلتزم القابض برد ما قبض في العقد الذي تمت إقالته من جهة[1]، ومن جهة أخرى لا يجوز لأي من العاقدين المطالبة بتنفيذ العقد الذي تمـــت إقالتـــه بينهما لأنه آل إلى العدم، وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز أنه "إذا أبرم المـــؤجر والمســـتأجر عقداً جديداً فإن العقد اللاحق في حقيقته إقالة للعقد السابق وتعتبر الإقالة فسخاً بـــين المتعاقـــدين عملاً بالمادتين (242، 243) من القانون المدني، وحيث أن المدعي (المؤجر) أسس دعواه على تخلف المستأجر عن دفع الأجور المستحقة وفقاً لأحكام العقد السابق الـــذي تمـــت إقالتـــه بـــين الطرفين مما ينبني عليه انهدام الأساس الذي قامت عليه الدعوى"[2].

الثاني: فيما يتعلق بالغير نطبق عليها باعتبارها عقداً جديداً الأحكام الخاصة بإنشـــاء عقـــد جديد[3]، بمعنى أن التقايل يكون بإيجاب وقبول صريحين أو ضمنيين كما هو الحال عند انعقـــاد العقد الأصلي[4].

وهذا يقود إلى عدم المساس بحقوق الغير خوفاً من إحاقة الضرر بهم، فلو أن المشتري رتب حق ارتفاق على العين المبيعة ثم حدثت الإقالة، فلا يتأثر صاحب هذا الحق، فتعود العـــين محملة بهذا الحق، وكذا الشفيع إذا كان قد فاته الأخذ بالشفعة في العقد الأول، يحق له أن يطلب المبيع بالشفعة في الإقالة التي تعتبر بالنسبة إليه عقداً جديداً، أو بيعاً ثانياً.

---

[1] دواس، أمين رجا، **العقد والإرادة المنفردة**، مرجع سابق، ص232.

[2] **مجلة نقابة المحامين**، تمييز حقوق رقم 99/274، ، السنة الثامنة والأربعون، عددان الثالـــث والرابـــع لســـنة 2000 ص989.

[3] أبو البصل، عبد الناصر، **النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق، ص345.

[4] الفار، عبد القادر، **مصادر الالتزام** مرجع سابق، ص158.

وتجدر الإشارة إلى أن البيع الأول إذا استلزم تسجيله في دائرة التسجيل فمن الضروري تسجيل العقد الثاني وهو الإقالة[1].

ويمكن القول أن التفاسخ أو التقايل على خلاف القانون الأردني غير وارد في نصوص القانون المدني المصري ولكنه معمول به تحت ظله، فهو تطبيق للقواعد العامة التي تقضي بأن ما تستطيع أن تفعله توافق الإرادتين تستطيع هي ذاتها أن تنقضه وتزيله وذلك في الحدود التي لا تضر بالغير[2].

---

[1] أبو البصل عبد الناصر، **النظرية العامة للعقد**، مرجع سابق، ص245.

[2] المصري، محمد محمود وعابدين، محمد أحمد، **الفسخ والإنفساخ والتفاسخ**،، مرجع سبق ذكره، ص97.

الفصل الثانـي

قوام عقد الإقالـة

المبحث الأول: أركان الاقالة ونطاقها وشروط صحتـها

المبحث الثاني: أحكام الاقالة وموانعها وآثارها

الفصل الثاني

قوام عقد الإقالة

يمكن القول، بأن الإقالة عقد كسائر العقود الملزمة للجانبين، ولا ينعقد هــذا العقــد إلا برضا الطرفين، ولا مناص أن يكون لهذا العقد أركان وشروط، وبعد أن أوضح الباحــث فيمــا سبق ماهية الإقالة وتكييفها ومعناها كان لا بد من ايضاح أركانها وشروطها وما يتعلق بها من أحكام وما يشوبها من موانع، وما يترتب عليها من آثار ويشير الباحث في هذا الفصــل إلــى نطاقها والعقود التي تقبل الإقالة وسيتم التطرق في سياق هذا الفصل إلــى قــوام الإقالــة فــي مبحثين.

المبحث الأول

أركان الإقالة ونطاقها وشروط صحتها

الإقالة عقد موضوعه رفع العقد باتفاق طرفيه، وهذا يقتضي معرفة أركانهــا ونطاقهــا وشروطها وشروطها وذلك في إطار ثلاث مطالب الأو : يكون في أركانها، والثاني في نطاقها والأخير في شروط صحتها.

المطلب الأول: أركان الإقالة

من الضرورة بمكان التعرف ابتداءاً على مفهوم الركن لغة واصطلاحاً قبل الخوض في غمار هذه الأركان.

فالركن لغة: فركن -بفتح الكاف إليه ركناً وركونا، مال إليه وسكن واعتمد عليه وركــن فــي المنزل ركنا: أقام فيه فلم يفارقه، ويطلق الركن بمعنى أحد الجوانب التي يستند إليهــا الشــيء ويقوم بها، والركن: جزء من أجزاء حقيقة الشيء، وجمعه أركان، مثل قفل وإقفال، ويقال ركن الصلاة وركن الوضوء، وفلان ركن من أركان قومه، أي شريف من أشرافهم[1]. وعليه بــالركن لدى علماء اللغة، جانب الشيء المكون لجزء من أجزاءه، فأركان الشيء أجزاء ماهيته.

[1] الفيومي، **المصباح المنير**، مرجع سابق، ص237.

وفي الاصطلاح الركن: ما يقوم به ذلك الشيء من التقوم، إذ قوام الشيء بركنه لا من القيام وإلا يلزم أن يكون الفاعل ركناً للفعل والجسم ركناً للعرض وقيل ركن الشيء ما يتم به، وهو داخل فيه بخلاف شرطه وهو خارج عنه[1].

وقد اعتبر جمهور الفقهاء وأجمعوا بأن الركن: هو ما لا بد منه لتصور وجود الشيء وكان جزءاً من حقيقته أو ماهيته كالركوع في الصلاة[2].

وعليه يمكن اعتبار أركان العقد:

1- الصيغة (الإيجاب والقبول)[3].

2- العاقد، وهو المقيل والمقال.

3- المعقود عليه - المحل.

الفرع الأول: الصيغة (الإيجاب والقبول)

إن اختلاف الفقهاء في اعتبار الإقالة فسخاً أم عقداً جديداً ترتب عليه جملة من الآثار، ولكن لا خلاف هنا حول أركان الإقالة أياً كان تكييفها، إذ أجمعوا بأن من أركان الإقالة الإيجاب والقبول.

وعليه فإن ركن الإقالة هو الإيجاب والقبول، الإيجاب من أحد العاقدين والقبول من الآخر، فإذا وجد الإيجاب من أحدهما والقبول من الآخر بلفظ يدل عليهما فقد تم الركن[4].

[1] الجرجاني، أبو الحسن الحسيني الحنفي، **التعريفات**، ط1، دار الكتب، بيروت 1987م، ص149.

[2] الفقي، حامد عبده، **الإقالة في عقد البيع**، مرجع سابق، ص64.

[3] الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1986، ص305. حيدر، علي، **شرح مجلة الأحكام** ج1 مرجع سابق، ص165.

[4] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص250. عامر، عبد اللطيف، **الإقالة في العقود**، مرجع سابق، ص18.

وكما ينشأ العقد بإيجاب وقبول متطابقين على إنشاءه كذلك يزول إقالة بإيجاب وقبـول متطابقين على إنهاءه، فالعقد ينشئ الالتزام، أما الإقالة فهي اتفاق يقضيه، والإيجاب والقبول قـد يكونان صريحين أو ضمنيين كما هو الأمر في إنشاء العقد الأصلي[1].*

المسألة الأولى: الألفاظ التي تنعقد بها الإقالة

تبرز للوجود في هذا الإطار مسألة خلافية في تقرير الصيغة اللفظية للإقالة والتي ينعقد به الركن.

ويستوي في انعقاد الإقالة صحيحة أن تكون بلفظ الإقالة، أو ما يدل عليهـا وكـذلك لا خلاف أن ينعقد بلفظين يعبر عنهما عن الماضي، بأن يقول أحدهما أقلـت والآخـر قبلـت أو رضيت أو هويت أو نحو ذلك[2].

وقد تناولت مجلة الأحكام العدلية في المادة (191) منها إقالة البيع بالألفاظ الدالة عليـه فنصت على أن "الإقالة كالبيع تكون بالإيجاب والقبول، مثلاً لو قال أحد العاقدين: قلت البيـع أو فسخته وقال الآخر: قبلت أو قال: أحدهما للآخر أقلني البيع فقال الآخر قد فعلت صحت الإقالـة وينفسخ البيع".

فالإقالة بهذا المعنى تنعقد بالإيجاب والقبول وتستعمل صيغة الماضي فـي الأكثـر وأن الإقالة تنعقد بصيغة الأمر من أحد المتقابلين وصيغة الماضي من الآخر، والسبب فـي جـواز

---

[1] السنهوري، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج4، مرجع سابق، ص264 -265. الفضـل، منـذر، **النظريـة العامـة للالتزامات**، ج1، مرجع سابق، ص322.

* وقد جاء في قرار لمحكمة النقض المصرية "جواز حصول الفسخ بإيجاب وقبول ضمنيين على أن تبين المحكمة الوقـائع التي استخلصت منها تلاقي الإرادتين" أي أن التفاسخ كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضـمنيين، وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالفسخ الضمني أن تورد من الوقائع والظروف واعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي العقد وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد (نقض 1947/10/16 طعن 125 س16ق) طلبه، أنور، انحلال العقود،المكتب الجامعي الحديث الاسكندرية 2004 ص115.

[2] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج5، مرجع سابق ص306. راجع أبو قاذان، **الاقالة وأحكامها في الفقه الإسـلامي، دراسـة مقارنة مع القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص43.

انعقادها بصيغة الأمر وامتناعه في البيع، أن هذه الصيغة في ثنايا البيع تحمل معنى المساومة، أما الإقالة فتقع بعد نظر وتأمل، مما لا يعني أن الإقالة تنعقد فقط بلفظ (الإقالة) بل تنعقد بكل لفظ يفيد معناها، كألفاظ الترك والرفع والتراد، واعد نقودي وخذ نقودك[1].

وتنعقد الإقالة بالرسالة، فإذا أرسل أحد المتبايعين رسولاً إلى آخر ليبلغه الإقالة وبلغه الرسول إياها وقبل المبلغ إليه الإقالة في مجلس التبليغ دون أن يتشاغل بعمل آخر أو يأتي بأي شيء دال على الإعراض تكون الإقالة صحيحة[2].

وتنعقد الإقالة كذلك بالتعاطي[*]، كالبيع لأنها تعتمد على الرضا وقد وجد التراضي من المتقابلين فوجب أن تجوز كانعقادها باللفظ، كما لو قال له اقلتك فرد إليه الثمن، وتصح بالكتابة والإشارة من الأخرس[3].

وجاء في رد المحتار "يجوز قبول الإقالة دلالة بالفعل، كما إذا قطعه الثوب من فور قول المشتري أقلتك"[4]، وقبل المفارقة والتكلم بكلام[5].

وقد تناولت مجلة الأحكام في المادة (192) الإقالة بالتعاطي فنصت على "الإقالة بالتعاطي القائم مقام الإيجاب والقبول صحيحة".

وعليه فإن الإقالة بالتعاطي تنعقد بثلاث طرق:

---

[1] علي حيدر، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ج1، مرجع سبق ذكره، ص161.

[2] حيدر، علي، **درر الحكام**، ج1، مرجع سابق، ص167.

[*] المعاطاه/ الاسم من تعاطي، التعاطي: هو الأخذ والإعطاء أي وضع الثمن وأخذ المثمن عن تراضٍ منهما دون لفظ، أو الفعل الذي يباشره المتعاقدان أو أحدهما دون أن يتلفظا بايجاب وقبول. أبي المظفر، **الفتاوي الهندية**، ج4، مرجع سابق، ص370. الغزالي، محمد بن محمد، **الوسيط في المذهب** (كتاب البيع) مجلد3، مرجع سابق، ص9/3. زيدان، عبد الكريم، **المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية**، ط13، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1996، ص245.

[3] **الموسوعة الفقهية**، مرجع سابق، ص326.

[4] ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، 333. راجع، الغنيمي، **اللباب في شرح الكتاب**، ج2، مرجع سابق، ص32.

[5] ابي المظفر، **الفتاوي الهندية**، ج4، مرجع سابق، ص370.

1 - بتعاطي الفريقين: مثال ذلك أن يرد المشتري المبيع للبائع بداعي وجود عيب قديم فيه فيقبل البائع الرد بالرضا فيكون ذلك إقالة.

2 - إذا رد المشتري صك العقار المبيع على سبيل الإقالة إلى البائع فأخذ الصك وتصرف في العقار المذكور تنعقد الإقالة بطريق الإعطاء من جانب المشتري.

3 - بإعطاء البائع: مثالها أن يتسلم المشتري مئة كيلو غرام طحين شراها من البائع ثم يقول للبائع بعد التسليم أن السعر غال، فيرد له البائع ثمن المبيع كله أو بعضه ويأخذه المشتري، فتجري الإقالة فيما رد من الثمن أو بعضه[1].

ويمكن القول بأن لصيغة الإقالة حكماً ينسجم مع اللفظ، فإن عقدت بلفظ الإقالة فحكمها في حق العاقدين فسخ وفي حق الغير عقد جديد، أما إذا عقدت بلفظ المفاسخة أو المتاركة أو التراد فليست بيعاً بالاتفاق[2].

المسألة الثانية: أركان الإقالة في القانون المدني الأردني

بادئ ذي بدء، يمكن القول بأن المشرع الأردني قد تناول الإيجاب والقبول في المادة (91) من القانون المدني، متأثراً بما ذهب إليه الفقه الحنفي في اعتبار أن ما يصدر أولاً من أحد العاقدين فهو إيجاب، وما يصدر ثانياً فهو القبول، مخالفاً بذلك رأي المالكية والحنابلة في أن الإيجاب ما صدر من الملك وإن تأخر والقبول ما صدر من المتملك وإن تقدم[3].

وبهذا المعنى نصت المادة (91) 1 - من القانون المدني على أن "الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول 2 - يكون الإيجاب والقبول بصيغة الماضي كما يكونان بصيغة المضارع أو بصيغة الأمر إذا أريد بهما الحال".

---

[1] حيدر، علي ، **درر الحكام شرح مجلة الأحكام**، ج1، مرجع سابق، ص168.

[2] المرجع السابق، ص166. ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص332.

[3] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص98.

أي أن العقد ينعقد بصيغة الأمر أو المضارع الدال على الحال وبذلك تستوي صيغة المضارع والأمر فإنه ينعقد بهما العقد إذا توافرت النية، أما الماضي فلا يحتاج إلى البحث عن النية لأنها في عرف اللغة والشرع لفظ يتمخض للحال.

ولم يغفل المشرع كذلك ركن الإقالة حيث حدد الكيفية التي تتم بها الإقالة وهذا ما ذهب إليه في المادة (244) من القانون المدني حيث نص على أن (تتم الإقالة بالإيجاب والقبول في المجلس)[1].

وقد تناول المشرع الأردني كذلك التعبير عن الإيجاب والقبول واعتبرت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها "بأن إقالة العقد في حقيقة الأمر عقد جديد يتم بالايجاب والقبول ويكون محله العقد موضوع الإقالة، وأن الايجاب والقبول يمكن التعبير عنهما لفظاً وكتابة وإشارة واتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي وفقاً للنصوص المتقدمة عملاً بأحكام المادة (93) من القانون المدني".

حيث ادعى المميزون أن عقد الإجارة الذي يستند إليه المميز ضده في دعواه قد تمت إقالته بالتراضي حيث أن التعبير عن الإرادة يمكن أن يكون باللفظ والكتابة وأي مسلك آخر دال عليه فإن البينة الشخصية تكون مقبولة لإثبات وقوع الأفعال أو الأقوال الدالة على تلاقي إرادتي الطرفين على إقالة عقد الإجارة المشار إليه[2].

---

[1] وقد أصدرت محكمة التمييز الأردنية قراراً بينت فيه ركن الإقالة حيث جاء فيه (من استقراء نص المادتين (234) و (241) من القانون المدني وما جاء في المذكرة الايضاحية للقانون المدني الأردني فإنه يشترط لوقوع الإقالة اتفاق الايجاب والقبول في مجلس العقد، إذا كان العقد بين الطرفين هو عقد صحيح لازم ولا تتم الإقالة إلا برضا العاقدين، واتفاق الايجاب والقبول في مجلس العقد". قرار تمييز حقوق رقم 2004/889 (هيئة خماسية) بتاريخ 2004/8/18 منشورات مركز عدالة.www.adaleh.com.

[2] تمييز حقوق رقم 2000/2115 (هيئة خماسية) تاريخ 2000/10/12 منشور على صفحة 81 من عدد المجلة القضائية رقم (12) بتاريخ 2000/1/1. www.adaleh.com

الفرع الثاني: المتقايلان

الركن التالي من أركان الإقالة المتعاقدان وهما المتقايلان اللذان يباشـران الإقالـة (أي البائع والمشتري في عقد البيع) أو من يقوم مقامهما ويصدر عنهما الإيجاب والقبـول. بمـا أن الإقالة فسخ للعقد فيشترط في العاقدان أن يكونا أهلا لإصدار العقد[1].

وليس كل إنسان يصلح لذلك فمن الناس من لا قيمة أو وزن لعبارته ولا ينعقد بالتالي بها عقد أو يترتب عليها أثر ومنهم من هو على النقيض تماماً ولكن هـذا الأمـر منـوط بالأهليـة والولاية.

وعليه فإن الإقالة لا تتحقق إلا إذا وجد في العاقد أمران:

أهلية الأداء والولاية، إذ بالأهلية ينعقد العقد وكون له وجود فـي الخـارج لأن أهليـة المتصرف شرط لانعقاد التصرف، والأهلية لا يثبت بدون العقل فلا يثبت الانعقاد بدونه[2].

الفرع الثالث: محل الإقالة

محل الإقالة: هو "العقد الذي ترد عليه الإقالة وتنتقض أحكامه، وليست كل العقود تصح أن تكون محلاً للإقالة، وإنما محلها العقود اللازمة في حق الطرفين مما يقبل الفسخ بالخيار، لأن هذه العقود لا يمكن فسخها إلا باتفاق المتعاقدين، وعلى ذلك تصح الإقالة في البيع، والإجـارة، والشفعة، والمساقاة[3]، والصلح[4،5].

---

[1] الفقي، حامد عبده، **الاقالة في عقد البيع**، مرجع سابق، ص83.

[2] الكسائي، **البدائع**، ج5، مرجع سابق، ص135.

[3] المساقاة: عرفتها مجلة الأحكام العدلية في المادة (1441) بأنها (نوع شركة على أن تكون الاشجار من طرف والتربـة من طرف آخر وأن يقسم الثمر الحاصل بينهما) وقد جاء في شرح المجلـة لعلـي حيـدر أن المسـاقاة يتفسـخ بسـتة أسباب....6 - بإقالة الطرفين عقد المساقاة لأنها في معنى الإجازة كالمزارعة، حيدر، علـي، **درر الحكـام**، ج3، مرجـع سابق، ص485.

[4] الصلح: "عقد يرفع النزاع بالتراضي وينعقد بالإيجاب والقبول" المادة 1531 **مجلة الأحكام العدلية**.

[5] الجبوري، ياسين، **المبسوط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص448.

ويرى غيرهم أنه ليس بالضرورة أن كل عقد لازم للعاقدين يقبل الإقالة حيث لا إقالة في طلاق ونكاح وعتاق[1].

وقد جاء في القواعد لابن رجب "أن فسخ البيع اللازم لا يستقل به أحد المتبايعين بخلاف النكاح فإن الزوج يستقل بإزالته بالطلاق"[2].

وهناك طائفة من العقود غير اللازمة قابلة للفسخ بإرادة أحد المتعاقدين دون أن يتوقف ذلك على رضا العاقد الآخر، ومثالها الشركة والوكالة والوديعة وما دامت هذه العقود تقبل الفسخ بإرادة أحد المتعاقدين دون رضا العاقد الآخر فإنها من باب أولى تقبل الإقالة[3].

ونخلص للقول بأن الإقالة جائزة في جميع العقود اللازمة باستثناء عقود وتصرفات معينة مثل الطلاق والزواج والوقف وهذا هو الحكم في الفقه الإسلامي.

وقال الزرقا "أن كل عقد يقبل الإقالة سوى عقد الزواج"[4]، فهي بتعبير أعم عقد يرفع به عقد سابق[5].

المطلب الثاني: نطاق الاقالة

لا يختلف نطاق الإقالة في القانون الأردني عما هو عليه في ظل الفقه الإسلامي لأنه استمد أحكام الإقالة منه، لذلك فهي جائزة في كل العقود والتصرفات باستثناء عقد الزواج والطلاق والوقف[6]، وقد اعتبرت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها بأن "للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما"[7].

---

[1] ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص336.

[2] ابن رجب، الحافظ ابي الفرج عبد الرحمن، **القواعد في الفقه الاسلامي**، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر، ص115.

[3] الجبوري، **المبسوط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص448.

[4] الزرقا، أحمد مصطفى، **المدخل الفقهي العام**، ج1، ص594.

[5] المرجع السابق، ص290.

[6] أبو ذوقان، **الاقالة وأحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون المدني الأردني** مرجع سابق، ص52.

[7] قرار تمييز حقوق، رقم (2006/3694) (هيئة خماسية) تاريخ 2007/3/2 منشورات مركز عدالة.www.adaleh.com

وعلى الرغم من أن الإقالة لا تكون إلا في العقود الصحيحة اللازمة، كان لا بـد مـن محكمة التمييز أن تحدد طبيعة العقد الذي ترد عليه الإقالة بعيداً عـن إطـلاق المعنـى بهـذه الصورة.

ولا بد في هذا السياق الإشارة إلى الشروط الواجب توافرها في تلك العقود التي تصـح فيها الإقالة، لذلك يشترط فيها:

1- أن يكون العقد محل الإقالة صحيحاً: فإذا كان فاسداً فلا يصح أن يكون محلاً للإقالـة لعـدم ترتب الحكم عليه وينفسخ من غير إرادة العاقدين أو بحكم القاضي، حيث لا يحتاج فسخه إلـى قضاء القاضي فيكفي أن يقول أحد العاقدين فسخت أو نقضت أو رددت أو أي عبارة بهذا المعنى فينفسخ العقد[1].

2- أن يكون العقد لازماً: لأن الإقالة لا تصح إلا برضا تام من طرفي العقد، أما رفع العقد غير اللازم وهو ما فيه خيار لا يسمى إقالة بل هو فسخ لأنه لا يشترط فيه رضاهما[2].

3- أن يكون العقد من عقود المبادلة المالية التي يقصد منها العوض المحض، كالبيع والإجـارة والصلح ونحوها، أما العقود التي لا يقصد منها المعاوضة المالية المحضة كالنكاح فإنه لا يصح أن تكون محلاً للإقالة، لأن الشارع جعل لهذا العقد رافعاً مخصوصاً وهو الطلاق.

وقد ورد في المادة (1558) من مجلة الأحكام أنه "إذا كان الصلح في حكم المعاوضـة فللطرفين فسخه وإقالته برضائهما، وإذا لم يكن في معنى المعاوضة بل كـان متضـمناً إسـقاط بعض الحقوق فلا يصح نقضه وفسخه مطلقاً".

ويستفاد من ذلك أن الصلح إن كان في حكـم المعاوضـة فللطـرفين فسـخه وإقالتـه برضاهما، لأن المعاوضة تصح فيها الإقالة، وإن لم يكن فيه معنى المعاوضة بل كان متضـمناً

[1] **المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص180.

[2] ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص333.

إسقاط بعض الحقوق فلا يصح نقضه حتى لو كان برضا الطــرفين، لأن هــذا الصــلح إبــراء وإسقاط والساقط لا يعود[1].

4- أن يكون المعقود عليه خالياً من سبب من الأسباب المجيزة للفسخ كاختلاف العاقدين علــى وجه يتعذر معه إمضاء العقد أو تلف المعقود عليه قبل القبض[2].

المطلب الثالث: شروط صحة الإقالة

عند الحديث عن الإقالة وشروط صحتها، فالأمر يعني عقد فيه من الشروط ما يشــترط في العقود الأخرى من رضا واتحاد مجلس، وقيام المبيع، ولا مناص من تناول هذه الشــروط بإيجاز، إذ يشترط لصحة الإقالة ما يلي:

الشرط الأول: كمال الرضا

يمكن القول بأن الإقالة لا تنعقد على الصحة إلا بتراضي الطرفين، أي خلو التراضــي من الإكراه*، لأن الإكراه يفسد العقود[3].

فالرضا في البيع المطلق شرط صحة البياعات، ولأن الإقالة فسخ للعقــد، والعقــد فــي الأصل لم ينعقد إلا على الصحة، بات من الضروري فسخه بالتراضي أيضاً.

---

[1] علي حيدر، **درر الحكام**، المجلد الرابع، مرجع سابق، ص59.

[2] ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص124. أنظر: الفقي، حامد عبده ، **الإقالة في عقد البيع**، مرجع ســابق، ص87.

* يقسم الفقهاء الإكراه إلى ملجئ (أو تام) وغير ملجئ (أو ناقص) فالإكراه الملجئ هو ما أعدم الرضا وأفســد الاختيــار، وغير الملجئ ما أعدم الرضا ولكنه لم يفسد الاختيار، ولكنهم يقصرون أثر هذه التفرقة على التصرفات الفعلية فيقولون أن في التصرفات القولية تتأثر بالإكراه مطلقاً فيستوي الإكراه الملجئ وغير الملجئ، والكلام هنا في العقود وهــي تصــرفات قولية حيث ستوي الإكراه الملجئ وغير الملجئ، وذهب أبو حنيفة إلى أن الإكراه يفسد العقد. **المذكرة الايضاحية للقــانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص141.

[3] السنهوري، **مصادر الحق**، مرجع سابق، ص249.

الشرط الثاني: اتحاد المجلس

اتحاد المجلس شرط في الإقالة سواء كانت الإقالة قولية أو بالتعاطي[1]، وقد نصت المادة (193) من مجلة الأحكام على أنه "يلزم اتحاد المجلس في الإقالة كالبيع يعني أنه يلزم أن يوجد القبول في مجلس الإيجاب".

ولأن في الإقالة معنى البيع يشترط فيها اتحاد المجلس كما يشترط للعقد ولكن البعض لا يشترط فيها اتحاد المجلس، لأنها فسخ عندهم والفسخ لا يفسخ[2].

الشرط الثالث: أن يكون المبيع قائماً وموجوداً وقت الإقالة[3]

يشترط في المبيع أن يكون قائماً وموجوداً وقت الإقالة فإن كان هالكاً لا تصح، أما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط ووجه الفرق أن إقالة البيع رفعة، فكان قيامها بالبيع، وقيام البيع بالمبيع لا الثمن، لأنه هو المعقود عليه، على معنى أن العقد قد ورد عليه لا على الثمن[4].

ولأنه كذلك يرد على المعيّن والمعيّن هو المبيع لا الثمن لأنه لا يتحمل التعيين وأن عين فلا يعدو كونه اسماً لما في الذمة فلا يتصور إيراد العقد عليه، دل أن قيام البيع بالمبيع لا بالثمن، وأن المبيع مال حقيقة وحكماً[5].

فهلاك المبيع يترتب عليه انعدام محل حكم البيع، فلا تتصور الإقالة التي هي رفع حكم البيع في الحقيقة، بمعنى أن هلاك الثمن لا يترتب عليه انعدام محل حكم البيع بل يظل قائماً فتصح بذلك الإقالة.

---

1 ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص333. حيدر، علي، **شرح المجلة**، ج1، مرجع سابق، ص168.

2 البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، مرجع سابق، ص250.

3 مادة (194) من مجلة الأحكام نصت على "يلزم أن يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري وقت الإقالة فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الإقالة".

4 السنهوري، **مصادر الحق**، مرجع سابق، ص250. الكاساني، **البدائع**، ج4، مرجع سابق، ص309. الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج4، مرجع سابق، ص73.

5 ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج5، مرجع سابق، ص250.

والهلاك إما أن يكون حقيقة أو حكماً، فالهلاك الحقيقي هو تعبير ظاهر وحقيقي كمـوت الحصان مثلاً، أما الهلاك الحكمي، كأن يكون طائراً فيطير ولا يعلم مكانه، فيغدو المبيع غيـر مقدور التسليم[1].

وإذا كان المبيع قائماً وقت الإقالة ثم هلك قبل الرد على البائع، بطلت الإقالة سواءاً كان الثمن قائماً أو هالكاً لأن الإقالة فيها معنى البيع، إذ أن هلاك المبيع بعد الإقالة قبـل القـبض[2] كهلاكه بعد البيع قبل القبض، إذ يترتب على ذلك بطلان البيع ويوجب بالتالي بطلان الإقالة، لأن مقتضى الإقالة وجوب رد كل واحد منهما ما في يده على صاحبه[3].

ولا بد في هذا الصدد الإشارة إلى هلاك بعض المبيع، لأن هلاكه كلية يترتـب عليـه بطلان الإقالة فيترتب على هلاك بعض المبيع جواز الإقالة في الباقي لقيام المبيع فيـه[4]، ولـو تقابض البائع والمشتري جازت الإقالة بعد هلاك أحدهما -أي أحد العوضين ابتداءً-.

وجاء في شرح فتح القدير لابن الهمام "ولو هلك بعض المبيع جازت الإقالة في البـاقي لقيام البيع فيه"[5].

وقال الزيلعي: "(وهلاك بعضه بقدره) أي هلاك بعض المبيع يمنع صحة الإقالة بقـدره لأن الجزء معتبر بالكل فيقتدر بقدره"[6].

---

[1] علي حيدر، **شرح المجلة**، ج1، مرجع سابق، ص168.

[2] القبض أو التقابض: هو "التخليه أو المناوله من العاقد والمعقود عليه في غير الطعام على وجه يتمكن من التسلم بلا مانع ولا حائل حسب العرف". الحنبكو، علاء الدين بن عبد الرزاق. **التقابض في الفقه الإسلامي وأثـره علـى البيـوع المعاصرة**، ط1. دار النفائس، الأردن، 2004، ص28.

[3] السنهوري، **مصادر الحق**، مرجع سابق، ص250. الكاساني، **البدائع**، ج4، مرجع سبق ذكره، ص309.

[4] الغنيمي، **اللباب في شرح الكتاب**، ج2 مرجع سبق ذكره، ص32.

[5] ابن الهمام، **شرح فتح القدير**، ج5، مرجع سابق، ص251.

[6] الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج2، مرجع سابق، ص73.

الشرط الرابع: تقابض بدلي الصرف في عقد الصرف

ويشترط في الصرف[1] تقابض العوضين من الجانبين في المجلس قبل افتراق العاقــدين، وقد اشترط لصحة الإقالة تقابض بدلي الصرف، لأن قبض البدلين وجب حقاً لله، وهذا الحــق لا يسقط بإسقاط العبد والإقالة على أصله[2]، فإن كانت الإقالة فسخاً في حق العاقدين، فهي بيع جديد في حق ثالث وحق الشرع هنا بمثابة ثالث، فتكون الإقالة بيعاً في حقه[3].

الشرط الخامس: أن يكون المعقود عليه بمحل الفسخ

أن يكون المعقود عليه بمحل الفسخ، وأن يقبل المبيع الفسخ بسائر أسباب الفسخ كـــالرد بخيار الشرط[4]، والرؤية[5]، والعيب[6]، ومانع الرد في المبيع الفاسد والمعيب مانع من الإقالة، وقد سبق وأن بين الباحث بأن الزيادة المتصلة غير المتولدة والزيادة المنفصلة المتولدة تمنعان من الإقالة.

المطلب الرابع: شروط صحة الإقالة في القانون المدني الأردني

تجدر الإشارة في هذا السياق إلى ما ذهب إليه المشرع الأردني إذ تناول عقد الإقالة في المادة (242) فنص على جواز التقايل من العقد برضا العاقدين وذلك في معرض حديثه عــن مفهوم الإقالة وكان لا بد من النص على شروطها، لذلك نص في المادة (244) مــن القــانون المدني على أنه "تتم الإقالة بالإيجاب والقبول في المجلس وبالتعاطي بشرط أن يكــون المعقــود

---

[1] الصرف: بيع الثمن جنساً بجنس أو بغير جنس فيشمل بيع الذهب بالذهب والفضة بالفضة والفضة بالــذهب. الحنبكــو، **التقابض في الفقه الإسلامي**، مرجع سابق، ص111. الجرجاني، **التعريفات**، مرجع سابق، ص278.

[2] الفقي، حامد عبده، **الإقالة في عقد البيع**، مرجع سبق ذكره، ص33.

[3] الزحيلي، وهبة، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ط2، مرجع سابق، ص717.

[4] الخيار: هو أن يكون الإنسان مخيراً بين تنفيذ العقد وبين فسخه وهذا التعريف يشمل جميع أنواع الخيارات. وخيار الشرط: أن يشترط أحد المتعاقدين الخيار ثلاث أيام أو أقل.

[5] خيار الرؤية: هو أن يشتري ما لم يره ويرده بخياره.

[6] خيار العيب: هو أن يختار رد المبيع إلى بائعه بالعيب. الجرجاني، **التعريفات**، ط1، ص137.

عليه قائماً وموجوداً في يد العاقد وقت الإقالة ولو تلف بعضه صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض".

ومن خلال استقراء النصوص السابقة يتضح بأن المشرع الأردني قد رفد قانونه المدني فيما يتصل بجواز الإقالة وشروطها من معين الفقه الإسلامي الذي لا ينضب، حيث نص في المادة 2/2 من القانون المدني على أنه "إذا لم تجد المحكمة نصاً في هذا القانون حكمت بأحكام الفقه الإسلامي، الأكثر موافقة لنصوص هذا القانون فإن لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية".

وقد تميز هذا القانون باعتماده على مجلة الأحكام العدلية ومبادئ الشريعة الإسلامية فإن لم يجد ينتقل لأحكام القواعد العامة[1].

وعند الحديث عن الكيفية التي تناول بها المشرع الأردني شروط الإقالة نلمس أنها جاءت منسجمة مع الرأي الفقهي الذي اشترط للإقالة أن:

1 - تتوافر أركان العقد العامة من رضا ومحل وسبب وتوفر شروط كل ركن من هذه الأركان.

2 - وقد تناول الصيغة (الإيجاب والقبول) سواء ما كان قولياً منها أو معطاة، وقد اعتبر التعاطي الواردة في المادة (244) من القانون المدني هو المبادلة الفعلية، وهي أفعال مادية تصدر عن المتعاقدين تعبيراً عن إرادتهما بالرجوع عن العقد أو إنهاءه أثناء سريانه، وقبل انقضاء مدته إن كان من عقود المدة كالإجارة[2].

علاوة على أن الإيجاب والقبول قد يتم بالكتابة أو الإشارة أو اتخاذ أي مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي وعلى ذلك نصت المادة (93) من القانون

---

[1] **المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني،** مرجع سابق، ص36.

[2] مجلة نقابة المحامين.تمييز حقوق، رقم 1990/918، سنة النشر 1991، ص1135، ج6، المبادئ القانونية لمحكمتي التمييز والعدل العليا.

المدني بقولها (التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة وبالإشارة المعهودة مسلك آخر لا تـدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التراضي).

وقد بينت محكمة التمييز الأردنية (أن الإنذار الموجه من المستأجر للمؤجرين برغبتـه في فسخ عقد الإيجار وعرضه مفاتيح المأجور عليهما يشكل في حقيقة إيجابا من المستأجر بإقالة عقد الإيجار يحتاج إلى قبول من المؤجرين)[1].

ولاعتبار الإقالة عقداً كسائر العقود يجب فيها قيام المجلس حقيقة أو حكماً[2] ولا بد مـن استيفاء الشكلية المطلوبة للعقد الذي تمت إقالته، حيث اشترطت المادة (244) أن تتم الإقالة فـي المجلس، وكذلك لا بد من تسجيل التقايل في حالة بيوع العقارات والسيارات كما سـجل العقـد الأصلي حتى تعود الملكية إلى صاحبها الأصلي[3].

ومن الضرورة بمكان الإشارة إلى ضرورة بقاء المعقود عليه قائماً وموجوداً فـي يـد العاقد وقت الإقالة، كشرط لصحة الإقالة في القانون المدني الأردني، وقد أخذ القانون الأردنـي برأي الفقه الحنفي فيما يتعلق بهلاك المبيع وما يترتب عليه من عدم صحة الإقالة، أما قيام الثمن وقت الإقالة فليس بشرط[4].

لأن الإقالة تقتضي وجود العقد سابقاً والعقد يوجد بوجود المبيع لأنه هو المعقود عليـه فهو المعين وليس الثمن[5].

---

[1] تميز حقوق رقم 2001/536 (هيئة خماسية) تاريخ 2001/4/25، المنشور على الصفحة 97 من عدد المجلة القضـائية رقم 4 بتاريخ 2001/1/1. www.adaleh.com

[2] جبوري، ياسين، **المبسوط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص444. دواس، أمين رجا، **العقد والإرادة المنفردة**، مرجع سابق، ص231.

[3] الفار، عبد القادر، **مصادر الالتزام**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001، ص159.

[4] راجع المادة (196) من **مجلة الأحكام** (هلاك الثمن أي تلفه لا يكون مانعاً من صحة الإقالـة)، **المـذكرات الايضـاحية للقانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص251.

[5] السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، **شرح القانون المدني، مصادر الحقـوق الشخصـية**، مرجـع سـابق، ص296. الجبوري، ياسين محمد، **المبسوط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص445.

أما إذا كان البيع مقايضة (عين بعين) وهلكت إحداهما في يد أحد المتقايضين صحت الإقالة وعلى مشتري العين الهالكة رد مثلها أو قيمتها ويسترد العين القائمة، أما إذا هلك المعقود عليه جزئياً صحت الإقالة في الباقي بقدر حصته من العوض[1].

وبذات المعنى تناولت المادة (195) من المجلة تلف بعض المبيع فنصت على (لو كان بعض المبيع قد تلف صحت الإقالة في الباقي).

ومؤدى ذلك أن البيع ثابت في الباقي، فبالنظر للباقي تكون الإقالة صحيحة ولا يعتبر المبيع وضموره تلفاً، كأن يكون صابوناً مثلاً فجف فنقص وزنه، ثم أقال البائع فيه، فالإقالة صحيحة فيه كله لأن المبيع لا زال قائماً[2]، كحالة ضمور المبيع، كأن يكون صابوناً وجف، فالإقالة صحيحة لقيام المبيع.

ونظراً لاعتبار الطبيعة الخاصة للإقالة فإنه يشترط فيها كذلك أن يكون المعقود عليه كالبيع مثلاً قابلاً للفسخ بسائر أسباب الفسخ كالرد بخيار الرؤية والشرط والعيب فإن لم يكن قابلاً للفسخ بأن طرأت عليه زيادة تمنع الفسخ بهذه الأسباب فلا تصح الإقالة، فإذا خرج المعقود عليه عن احتمال الفسخ خرج عن احتمال الإقالة بالضرورة[3].

---

[1] ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص344. السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية**، مرجع سابق، ص296. ابو البصل، عبد الناصر، **دراسات في فقه القانون المدني الأردني النظرية العامة للعقد**، ط1، مرجع سابق، ص344. الجبوري، ياسين محمد، **المبسوط في شرح القانون المدني**، مرجع سابق، ص445.

[2] حيدر، علي **شرح المجلة**، ج3، مرجع سابق، ص170.

[3] السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية**، مرجع سابق، ص296. المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني، مرجع سابق، ص251.

المبحث الثاني

أحكام الإقالة وموانعها وآثارها

إن الحديث عن أحكام الإقالة يستدعي بالضرورة، تناول ملكيتها بمعنى من لـه الحـق فيها، وكذلك بعد انعقاد الإقالة هل يستصاغ إقالة الإقالة ذاتها؟ وما هي الأحكام المترتبـة علـى الاختلاف بين المتعاقدين سواءً كان لهذا الاختلاف في الإقالة ذاتها أو في الثمن، وسيتم التطرق في هذا الاطار في أحكام الاقالة وموانع صحتها وأثارها

المطلب الأول: أحكام الإقالة

الفرع الأول: ملكية حق الإقالة

بادئ ذي بدء، يمكن القول بأن للإقالة ضابط عام وهو: كل من يمتلك حق البيع والشراء يملك حق الإقالة، ويستثني من ذلك ما يلي:

1- بيع الوصي للمال بأكثر من قيمته أو كان شراؤه أقل، فالإقالة على ذلك غيـر صـحيحة لا يشترط الفائدة والمنفعة في جواز إقالة الوصي في مال الصغير، فلو اشـترى الوصـي مـن مديون اليتيم داراً بعشرين وقيمتها الفعلية خمسين، فلما استوفى الدين إقالـة فـإن إقالتـه لا تصح[1].

2- ليس للصبي المأذون إقالة ما اشتراه بأقل من القيمة وما باعه بأكثر منها لأنه يشترط فـي إقالته للعقد أن يتمخض له منها فائدة.

3- متولي الوقف لا تصح إقالته التي ليس فيها فائدة للوقف، فإذا اشترى متولي الوقف شيئاً بأقل من قيمته فإن إقالته لا تصح[2].

---

[1] حيدر، علي ، **شرح المجلة**، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص169.

[2] حيدر، علي ، **شرح المجلة**، المجلد الثالث، مرجع سابق، ص169. عامر، عبد اللطيف محمد، **الإقالة في العقود**، مرجع سابق، ص86.

وقد جاء في رد المحتار " (وتصح إقالة المتولى أن خيراً) للوقف (وإلا لا)..."[1].

4 - ليس للوكيل بالشراء أن يقيل البيع بدون إذن الموكل*، لأن الوكيل بالشراء إذا اشترى المال الذي أمر بشراءه تكون وكالته قد انقضت فهي غير جائزة بالإجماع، وذلك بخلاف الوكيل بالبيع=، لذلك تصح إقالة الموكل ما باعه وكيله، وإقالة الوكيل بالبيع ويضمن[2].

ويمكن القول أن ملكية الإقالة لا تقتصر على المتقايلين فقط فحياتهما ليست شرطاً في الإقالة لذلك يكون لورثتهما أن يتقايلا العقد ولوصيهما أيضاً.

الفرع الثاني: الرجوع عن الإقالة

إقالة الإقالة تعني: "إلغاءها والعودة إلى أصل العقد"، فلو تقايلا البيع ثم تقايلا الإقالة ارتفعت الإقالة وعاد البيع[3]، فهي تعتبر بهذا المعنى رجوعاً عن الإقالة.

فلو باع رجل من آخر حصاناً بألف ثم تقايلا البيع ثم عادا وتقايلا الإقالة فذلك صحيح والحصان يعود لملك المشتري.

وقد اختلف في جواز إقالة الإقالة على قولين، وذلك نابع من حقيقة اختلاف الفقهاء في حقيقة الإقالة.

---

[1] ابن عابدين، **رد المحتار** ج7، مرجع سابق، ص335.

* م (1493) من مجلة الأحكام.

= م (1505) من مجلة الأحكام نصت على "الوكيل بالبيع له أن يقيل البيع بنفسه، ولكن لا تنفذ هذه الإقالة في حق موكله، ويلزم عليه إعطاء الثمن للموكل وجاء في شرحها أنه للوكيل بالبيع أن يقيل البيع بنفسه قبل قبض ثمن المبيع، يعني لو كان بلا إذن موكله لأن حقوق العقد عائدة إلى العاقد الذي هو الوكيل، لكن هذه الإقالة لا تنفذ في حق الموكل ويلزم الوكيل إعطاء ثمن المبيع لموكله لأن وكالة الوكيل تنتهي ببيعه المال والإقالة بعدئذ هي في حكم بيع جديد بين المشتري والوكيل. راجع حيدر، علي، **شرح المجلة**، ج3، مرجع سابق، ص620.

[2] ابن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص335.

[3] **الموسوعة الفقهية**، مرجع سابق، ص330. حيدر، علي، **شرح المجلة**، مجلد 3/ مرجع سابق، ص174. عامر، عبد اللطيف محمد، **الإقالة في العقود**، مرجع سابق، ص108.

1- منهم من يرى أن إقالة الإقالة جائزة وصحيحة وذلك لوجود خيار المجلس في عقد الإقالة باعتبارها عقداً كسائر العقود والخيار حق للمتعاقدين يفسخ به العقد، وبما أن خيار المجلس يفسخ الإقالة فإن إقالة الإقالة صحيحة، وهذا رأي الحنفية[1].

إذ ورد في رد المحتار: " وتصح إقالة الإقالة، فلو تقايلا البيع ثم تقايلاهما، أي الإقالة ارتفعت وعاد البيع، إلا إقالة السّلم فإنها لا تقبل الإقالة لكون المسلم فيه دينا سقط والساقط لا يعود"[2]، أي سقط بالإقالة، فلو انفسخت الإقالة لكان حكم انفساخها عود المسلم فيه ولكن الساقط لا يحتمل العود بخلاف الإقالة في البيع لأنه عين فأمكن عوده إلى ملك المشتري.

2- ومنهم من يرى بأن إقالة الإقالة غير جائزة، لأن الإقالة عندهم فسخ والفسخ لا يقبل الفسخ لذلك فلا خيار فيها أي الإقالة للمجلس ولا غيره لأنها فسخ[3]، وهذا رأي الحنابلة والشافعية.

ويمكن القول بأن الأساس في العقود الرضا فإذا وجد الرضا مع وجود شروط العقود وكان العقد صحيحاً وملزماً للعاقدين برضاهما، وبما أن الإقالة أجازها الشارع برضا العاقدين فإن إقالة الإقالة من باب أولى أن تكون صحيحة وملزمة للطرفين.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الأردني لم يتناول بالنص إقالة الإقالة، ولكن استناداً للمادة (2) فقرة (2) من القانون المدني الأردني التي نصت على أن: "الأحكام التي ليس لها ذكر في القانون يرجع فيها إلى أحكام الفقه الإسلامي.

وقد جاء في شرح مجلة الأحكام "وتصح إقالة الإقالة، فإذا باع رجل من آخر حصاناً بألف قرش ثم تقايلا البيع، ثم عادا وتقايلا الإقالة فذلك صحيح، والحصان يعود إلى ملك المشتري"[4].

---

[1] ابن عابدين، رد المحتار، ج4، مرجع سابق، ص150. أبو قاذان، الاقالة وأحكامها، مرجع سابق، 55.

[2] رد المحتار، ابن عابدين، مرجع سابق، ص345.

[3] البهوتي، كشاف القناع، مرجع سبق ذكره، ص250.

[4] حيدر، علي، **شرح المجلة**، مجلد 1، مرجع سابق، ص174.

الفرع الثالث: اختلاف المتقابلين

قد يحدث اختلاف بين المتعاقدين في عقد الإقالة، كما يحدث الاختلاف عند المتبايعين في عقد البيع، ولا مناص من إيضاح حكم هذا الاختلاف سواء ما تعلق منه بصحة البيع أو بطلانه أو على الإقالة من أساسها.

فإذا اختلف المتبايعان في الصحة والبطلان، فالقول لمدعي البطلان، لأن انعقاد البيع حادث والأصل عدمه فهو منكر لأصل العقد، أما إذا وجد الاختلاف في الصحة والفساد والقول لمدعي الصحة، لأنهما لما اتفقا على العقد كان الظاهر في إقدامهما عليه صحته..[1]، أما مدعي الفساد فإنه يدعي حق الفسخ وخصمه ينكر ذلك فالقول للمنكر[2].

ويمكن القول بأن الاختلاف غالباً ما يظهر فيما بين المتقابلين في مسألتي الإقالة وحدوثها أو اختلافهم في الثمن.

المسألة الأولى: الاختلاف في حدوث الإقالة

ويمكن تجسيد هذه الحالة في المسألة التالية:

اشترى رجل من آخر قمحاً بـ مئة دينار ثم اختلفا، فادعى أحدهما أنهما تقايلا البيع وأنكر الأخير، فما حكم هذه الحالة.

لا بد في هذه الحالة الاحتكام إلى القاعدة الشرعية التي تقضي بأن بينه مدعي الإقالة راجحة على بينة مدعي البيع[3]، مثلاً إذا أثبت البائع البيع وأثبت المشتري الإقالة فترجح بينه المشتري.

---

[1] الشربيني، محمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج**، دار الفكر، ج2 1978، ص97.

[2] ابن عابدين **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص347 -348.

[3] حيدر، علي ، **شرح المجلة**، المجلد 4، مرجع سبق ذكره، ص540.

وعليه تطلب البينة[1]، أولاً من مدعي الإقالة فإن عجز عن الإثبات، تطلب البينة من مدعي البيع، فإذا عجز عن الإثبات يحلف صاحب البينة المرجوحة وهو من ينكر الإقالة[2].

واستناداً لذلك فإن الاختلاف في حدوث الإقالة يكون القول فيها لمنكرها بيمينه لأن الواقع يقتضي قبول قول منكرها بيمينه وذلك تطبيقاً للقواعد العامة في الإثبات وهي "البينة على من أدعى واليمين على من أنكر"[3].

وقد أصدرت محكمة التمييز الأردنية قراراً يؤيد ذلك بقولها "أن إثبات إقالة عقد الإيجار يخضع للقواعد العامة في الإثبات ولا يجوز إثبات الإقالة بالبينة الشخصية إذا كان الخصم قد اعترض على جواز تقديمها"[4].

المسألة الثانية: اختلاف المتقايلين في الثمن

إن منطق الاختلاف في تكييف الإقالة ألقى بظلاله على هذه المسألة، إذ تباينت آراء الفقهاء حولها.

1- منهم من ذهب إلى القول بأنه إذا اختلف المتقايلين في الثمن ولا بينه تحالفاً بالاتفاق وإلا صح في مذهب الشافعي أنه يبدأ بيمين البائع، والقول قوله وإن كان المبيع هالكاً واختلفا في قدر ثمنه تحالفا وفسخ البيع ورجع بقيمة المبيع إن كان متقوماً وإن كان مثلياً وجب على المشتري مثله[5].

---

[1] البينة: "هي الشهادة العادلة التي تؤيد صدق دعوى المدعي وبما أن الشهادة تفيد بياناً سميت بينة وسميت حجه لأن الخصم يتغيب بها على خصمه، حيدر، علي ، **شرح المجلة**، مجلد 1، مرجع سابق، ص74.

[2] المادة (1769) من **مجلة الأحكام** ونصت على "إذا ظهر الطرف الراجح العجز عن البينة تطلب من الطرف المرجوح فإن أثبت منها وإلا يحلف".

[3] المادة (76) من **مجلة الأحكام**.

[4] تمييز حقوق رقم 1988/523 (هيئة خماسية) تاريخ 1988/6/13، المنشور على الصفحة 1441 من عدد مجلة **نقابة المحامين** بتاريخ 1989/1/1، قرار تمييز حقوق رقم 89/1112 مجلة نقابة المحامين 1991، ج6، ص1139.

[5] الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي، **جواهر العقود ومعين القضاء والموقفين والشهود**، ج1، ط2 القاهرة، 1955، ص73.

وصورة هذه المسألة فيما لو اشترى رجل من آخر قمحاً بعشرة دنانير مثلاً ثـم تقـايلا البيع فاختلفا وقال البائع الثمن بعشرة وقال المشتري بسبعة عشر فما حكمها؟

يكون القول قول البائع بيمينه وذلك لأن العقد قد ارتفع والمشتري يدعي زيادة والأصل عدمها[1]، ولأن البائع ينكر لما ذهب إليه المشتري بعد انفساخ العقد[2]، وبما أن الأصل عدم الزيادة والثمن بمثابة دين في ذمة البائع فيقبل قوله.

2- ومنهم من ذهب إلى القول بأن المتقايلان يتحالفان ويتناسـخان ويبـدأ بيمـين البـائع ثـم المشتري، ويكون الفسخ بحكم من حاكم أو تراض منهما عليه، فإن لم يحكم به حاكم ولم يحصل منهما تراض به جاز لأحدهما الرضا بما ادعاه الآخر وتم البيع به ظاهراً عند النـاس وباطنـاً عند الله[3]، وهذا رأي المالكية والحنفية.

وفوق ذلك يشترط قيام المبيع وقت التحالف وهو شرطة مطلقاً وإن كان المبيع هالكـاً فلا تحالف ويكون القول قول المشتري[4].

المسألة الثالثة: رأي القانون الأردني

بما أن القانون المدني الأردني لم يعالج أحكام الإقالة والمسائل المختلف فيها السابقة فقد رؤي الاستناد للمادة (2) فقرة (2) من القانون المدني والتي نصت على أن "الأحكام التي لـيس لها ذكر في القانون يرجع فيها إلى أحكام الفقه الإسلامي".

---

[1] النووي، أبي زكريا يحيى بن شرف الدمشقي، **روضة الطالبين**، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، بـدون سـنة نشـر، ص204.

[2] البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، مرجع سابق، ص204، للمزيد راجع، أبو فاذان، **الاقالـة وأحكامهـا..** مرجـع سـابق، ص60.

[3] الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، ج3، مرجع سابق، ص250.

[4] الأسيوطي، **جواهر العقود ومعين القضاء والموقفين والشهود**، ج1، مرجع سابق، ص73. ابن عابدين، **رد المحتـار** ج7، مرجع سابق، ص348.

وعليه فإن القانون الأردني يرى أن يتحالفان أخذاً برأي أبو حنيفة والمالكيــة اعتمــاداً على ما ورد في مجلة الأحكام العدلية[1].

المطلب الثاني: موانع صحة الإقالة

قد يطرأ على أركان الإقالة بعد انعقادها صحيحة مكتملة جل أركانها وشــروطها مــا يشكل عائقاً يحول دون نفاذها وترتيبها الآثار التي تتمخض عنها، ولا شك بأن بقاء المعقود عليه قائماً وكذا عدم الزيادة في المبيع عنصران لا تستقيم الإقالة بدونهما سيما وأن هلاك المعقــود عليه يفقدها الروح لأنه يشكل محل العقد الذي ترد عليه الإقالة مما يؤدي هلاكه لبطلانها.

واستناداً لذلك فإن الإقالة بعد انعقادها تبطل في الحالات التالية:

الفرع الأول: هلاك المبيع

فالهلاك إما أن يكون حقيقياً كموت الحصان، أو حكمياً، كأن يكون طائراً فيطير ويتعذر تسليمه[2].

وعليه فإن هلاك المبيع يمنع الإقالة لأن من شروط صحتها بقاء المعقود عليــه إذ أن الإقالة رفع للعقد وهو محله بخلاف الثمن فإن هلاكه لا يمنعها، إلا إذا كان الثمن قيمياً فهلاكه يمنع الإقالة[3].

وهذه الحالة تصدق على الهلاك الكلي للمبيع، أما إذا هلك بعض المبيع جازت الإقالة في باقية لقيام المبيع فيه، ولو تقابضا تجوز الإقالة بعد هلاك أحدهما، ولا تبطل بهلاك أحــدهما لأن كل واحد منهما مبيع فكان البيع باقياً[4].

---

[1] راجع **المذكرات الايضاحية للقانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص36.

[2] حيدر، علي، **شرح المجلة**، مجلد 1، مرجع سابق، ص172.

[3] **الموسوعة الفقهية**، مرجع سابق، ص33.

[4] الغنيمي، **اللباب في شرح الكتاب**، مرجع سابق، ص32. ابن عابــدين، **رد المحتــار**، ج7، مرجــع ســابق، ص343. المرغيناني، **الهداية، شرح بداية المبتدي**، ط3-4، مرجع سابق، ص56.

الفرع الثاني: الزيادة في المبيع

إن الزيادة المتصلة غير المتولدة، والزيادة المنفصلة المتولدة تمنعان من الإقالة كأن يكون المبيع المقبوض ثوباً فتصبغ أو أرضاً فيبنى فيها، ففي ذلك زيادة غير متولدة، أو أن يكون المبيع حيواناً فيلد وفي هذا حصول زيادة متولدة، فحصول الزيادة في المسألتين مانع من الإقالة لأن حصول الزيادة المنفصلة بعد القبض يجعل الفسخ متعذراً لأنها تكون من حق المشتري شرعاً ولم تكن للبائع حتى يجوز ردها[1].

أما الزيادة التي تجوز في المبيع بعد البيع وقبل القبض فلا تكون من موانع الإقالة ويستوي في ذلك أن تكون الزيادة متصلة أو منفصلة.

ومن موانع الإقالة أيضاً تبدل الاسم، (تغيير طبيعة المحل) كما لو اشترى رجل من آخر قمحاً وطحن وتبدل اسمه وصار دقيقاً، فالإقالة في المبيعات التي تتبدل أسماؤها غير صحيحة، إذا بينت الإقالة على أن يرد الأصل للبائع فقط دون الزيادة[2].

الفرع الثالث: رأي القانون الأردني

لقد نحى القانون الأردني في موانع صحة الإقالة المنحى الذي اعتبره الفقه الحنفي لتوافر الاتفاق مع ما أخذ به القانون الأردني في المادة (243) في تكييف الإقالة.

وأخذاً عن مجلة الأحكام العدلية في المادة (194) التي نصت على أنه "يلزم أن يكون المبيع قائماً وموجوداً في يد المشتري وقت الإقالة فلو كان المبيع قد تلف لا تصح الإقالة".

إذ تناولت هذه المادة أثر هلاك المبيع سواءاً كان حكمياً أو حقيقياً على صحة الإقالة واعتبر الهلاك مانعاً من صحة الإقالة وكذلك تناولت المجلة من جملة ما تناولته حصول زيادة

---

[1] حيدر، علي، **شرح المجلة**، مجلد 1، مرجع سابق، ص172. عامر، عبد اللطيف محمد، **الاقالة في العقود في الفقه والقانون**، مرجع سابق، ص107. العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج8، مرجع سابق، ص483.

[2] حيدر، علي، **شرح المجلة**، مجلد 1، مرجع سابق، ص172.

في المبيع منفصلة متولدة فيه وزيادة منفصلة غير متولدة فيه، وكذلك تغير اسم المبيع، واعتبرت هذه الموانع حائلاً دون صحة الإقالة[1].

ويمكن القول بأن التفصيل الوارد في المجلة فيما يتعلق بالزيادة وما ذهب إليه الحنفية، فيما إذا كانت الزيادة قبل القبض أو بعده متصلة أو منفصلة تقطع دابر الخلاف الذي قد ينشب بين المتقايلين في أحقية كل منهما بهذه الزيادة إن كانت منفصلة، مما قد يساهم في استقرار العقود، وفي مطلق الأحوال إن تراضى العاقدان على هذه الزيادة فإن ذلك لا يمنع صحة الإقالة.

المطلب الثالث: الأثر الذي يترتب على انحلال العقد بالإقالة

يترتب على الإقالة انحلال العقد وزواله فيرتفع بذلك حكمه، مما يؤدي إلى عودة كل من المتعاقدين إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد، فيرد كل منهما ما كان قد تسلمه بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه فيلتزم المشتري برد المبيع إلى البائع ويرد البائع الثمن إلى المشتري.

ولا بد في هذا السياق تناول هذا الأثر في الفقه الإسلامي وكذلك في القانون الأردني والمصري.

الفرع الأول: أثر انحلال العقد بالإقالة في الفقه الإسلامي

يترتب على الإقالة رجوع العاقدين إلى حالهما قبل العقد، ولكن قد يبرز تساؤل فيما لو اشترط المتقايلان أن تقع الإقالة بأكثر أو بأقل من الثمن الذي جرى عليه العقد، فما حكم هذا الاشتراط وأثره؟

ذهب جانب من الفقه إلى بطلان شرط الزيادة أو النقصان مع بقاء الإقالة صحيحة وذلك انسجاماً مع مقتضى الإقالة التي تقضي برد الأمر إلى ما كان عليه وهذا رأي الحنفية،

---

[1] للمزيد، راجع حيدر، علي، **شرح المجلة**، مجلد 1، مرجع سابق، ص 168.

لأن الإقالة عندهم فسخ في حق العاقدين وحقيقة الفسخ ليس إلا رفع الأول كأنه لم يكن فيثبت الأول وبثبوته برجوع عين الثمن إلى مالكه ونفي غيره من الزيادة والنقص وخلاف الجنس[1].

إلا أنه يجوز في الإقالة تنزيل الثمن شريطة أن يكون المبيع في يد المشتري وبعد الاتفاق على التقايل على شرط تنزيل الثمن بإزاء نقص في المبيع لعيب فيه وبذلك تصح الإقالة والشرط والمقدار الذي حط من الثمن في مقابلة العيب الحادث في المبيع، وبالمقابل إذا شرط المتقايلان تنزيل الثمن بأكثر مما يقتضي العيب أو أقل فالشرط لغو والإقالة صحيحة[2].

وذهب جانب آخر إلى أن المتقايلان إذا تقايلا بزيادة على الثمن أو انقص منه أو بغير جنس لم تصح الإقالة، لأن مقتضى الإقالة رد الأمر إلى ما كان عليه فتبطل الإقالة ويبقى العقد على حاله وهذا رأي الشافعية والحنابلة[3].

وجاء في المغني "إذا شرط عليه شيء لم يلزمه تمكنه من الفسخ بدونه وأن شرط لنفسه شيئاً لم يلزمه أيضاً لأنه لا يستحق أكثر من الفسخ وعليه لا يجوز الإقالة إلا برضاهما وإنما رضي بها أحدهما مع الزيادة أو النقص فإذا أبطلنا شرطه فات رضاه فتبطل الإقالة لعدم رضاه بها"[4].

الفرع الثاني: أثر انحلال العقد بالإقالة في القانون الأردني

إن الأثر الجوهري للإقالة هو التزام كل من طرفيها برد ما كان قد تسلمه بمقتضى العقد الذي اتفق المتعاقدين على الإقالة منه وانسجاماً مع ذلك نصت المادة (248) من القانون المدني الأردني على أنه "إذا انفسخ العقد أو فسخ أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك يحكم بالتعويض" وهذا ما بين المتعاقدين وخلفهما.

---

[1] أبن عابدين، **رد المحتار**، ج7، مرجع سابق، ص339.

[2] حيدر، علي، **شرح المجلة**، مجلد1، مرجع سابق، ص172.

[3] راجع أبو قاذان، الاقالة وأحكامها...، مرجع سابق، ص65.

[4] ابن قدامة، **المغني**، ج4، مرجع سابق، ص226.

فأثر الإقالة يتركز في إزالة العقد، لذلك فالأصل فيها أن تؤدي هذا الأثر بشكل رجعي حالها حال الفسخ، إلا أن المشرع الأردني قد راعى أن ذلك قد يؤدي إلى الإضرار بالغير لذلك وحفظاً لحقوق هذا الغير قرر أن الإقالة لا يكون لها أثر رجعي إلا بالنسبة للمستقبل فحسب، وللوصول إلى هذا الهدف أخذ المشرع الأردني برأي جانب من الفقه الحنفي[1]، ناشدا بذلك تحقيق هذه النتيجة، فنص في المادة (243) من القانون المدني على أن "الإقالة في حق العاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد".

وللإيضاح نورد المثال التالي:

باع محمد لوحة زيتية لسعيد وقام محمد بتسليمه اللوحة إلى المشتري وتسلم في مقابل ذلك ثمنها من سعيد، ثم اتفقا على تقابل عقد البيع المبرم بينهما، فالعقد يعد كأن لم يكن في حقهما مما يستدعي إعادتهما إلى ما كانا عليه وقت إبرام العقد، وبمقتضى أحكام المادة (243) السابقة يعتبر العاقدان كأنهما لم يبرما عقداً بينهما لأن الإقالة في حقهما فسخ بمعنى يجب إعادتهما إلى ما كانا عليه قبل العقد.

أما إذا تعلق بالمعقود عليه حق الغير فإنه استناداً لأحكام المادة السابقة يعتبر العاقدان كأنما اتفقا على إبرام عقد جديد فيه سعيد هو البائع ومحمد هو المشتري، فلو أن البائع سعيد كان قد أجر اللوحة أو رهنها ثم تمت الإقالة بين البائع والمشتري فإنها لا تؤثر على حق المستأجر وإنما تعود إلى مالكها محمد مثقلة بهذا الحق (حق الغير) مما يؤدي إلى حماية الغير حسن النية[2].

ويلاحظ أن الفقه الإسلامي يجعل الإقالة فسخاً تارة وطوراً بيعاً جديداً والفرق بين الفسخ والبيع الجديد هو أن الفسخ رفع لحكم البيع الأصلي بأثر رجعي فيعتبر البيع كأن لم يكن، أما

---

[1] السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية**، مرجع سابق، ص297، الجبوري، ياسين، **المبسوط**، مرجع سابق، ص448.

[2] الفار، عبد القادر، **مصادر الالتزام**، مرجع سابق، ص159.

في البيع الجديد فيبقى البيع الأصلي ثم يعود إلى البائع بعقد جديد بحكم الإقالة فلا تكون للإقالة إذاً أثر رجعي[1].

وعليه إذا اعتبرت الإقالة فسخاً بأثر رجعي فلا يقتصر ذلك على العاقدين بل قد يتعداهما إلى الغير، وإذا اعتبرت بيعاً دون أثر رجعي لا يقتصر أثر ذلك على الغير بل قد يكون أيضاً في العلاقة فيما بين المتعاقدين[2].

الفرع الثالث: أثر انحلال العقد بالإقالة في القانون المصري

بادئ ذي بدء، يمكن القول بأن الإقالة وفقاً للقانون المصري لا تشغل إلا مكاناً ضيقاً محدوداً لا يكاد يذكر إلا عند الإشارة إلى أنها اتفاق كسائر الاتفاقات تخضع لجميع القواعد العامة في الاتفاقات والعقود، وذلك بخلاف القانون الأردني الذي أفرد لهما أحكاماً خاصة مستمداً أحكامها من الفقه الإسلامي.

ومن خلال استقراء نصوص القانون المدني المصري لا يلاحظ ما يشير إلى عقد الإقالة في متنه وإنما يعمل بها في ظل القانون المدني ويخضعها للقواعد العامة، سيما وأن المحاكم المصرية أصدرت العديد من قراراتها تتعلق بما يطلقون عليه لفظ التفاسخ أو التقايل.

وتجدر الإشارة إلى أن المشرع المصري قد عالج انحلال العقد في القانون المدني إذ نص في المادة (160) منه على أنه "إذا فسخ العقد أعيد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فإذا استحال ذلك جاز الحكم بالتعويض".

ويتضح من نص المادة أنه يترتب على الفسخ سواءاً كان قضائياً أو اتفاقياً أو قانونياً انعدام العقد انعداماً يستند أثره، فيعتبر كأن لم يكن، وبهذا يعود العاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فيرد كل منهما ما كان قد تسلمه بمقتضى العقد بعد أن تم فسخه وإذا استحال

---

[1] السنهوري، **مصادر الحق**، ج4، مرجع سابق، ص276. سلطان، أنور، **مصادر الالتزام**، مرجع سابق، ص283.

[2] السنهوري، **مصادر الحق**، ج4، مرجع سابق، ص276.

الرد وجب التعويض على الملزم وفقاً للأحكام الخاصة بدفع غير المستحق[1]، وفقاً للقواعد العامة.

أما فيما يتعلق بالغير، فيعتبر العقد بالنسبة إليه أنه لم يكن فتصرفات المشتري تعتبر أنها صدرت من غير مالك أما تصرفات البائع فتكون نافذة ويكون أثر الفسخ بالنسبة إليهم كأثره بالنسبة للمتعاقدين[2].

ولكن شراح القانون المصري استثنوا صورة خاصة في فسخ العقود الناقلة للملكية في العقارات بدليل نص المادة (1034) من القانون المدني حيث نصت على أن "يبقى قائماً لمصلحة الدائن المرتهن الرهن الصادر من المالك الذي تقرر إبطال سند ملكيته أو فسخه أو إلغاؤه أو زواله لأي سبب آخر، إذا كان هذا الدائن حسن النية في الوقت الذي أبرم فيه الرهن" ويؤدي ذلك أن حق الغير حسن النية - يظل قائماً ويرد العقار مثقلاً به رغم فسخ العقد الناقل للملكية.

وبهذا الصدد قررت محكمة النقض المصرية، بأن الغير الذي لا يمس التقايل حقوقه هو من اكتسب حقاً عينياً عل العقار المبيع، أو التأشير بالحكم الصادر في دعوى صحة التعاقد على هامش صحيفتها المشهرة أما مجرد شهر الصحيفة فإنه لا يرتب حقاً عينياً للطاعن يحول دون الاحتجاج عليه بالتقايل بين البائع والمشتري الأول ولو كان عرفياً[3].

---

[1] دفع غير المستحق تناولته المواد (181 -187) من القانون المدني المصري، راجع. مرسي، محمد كامل، **شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماه**، ج6، المطبعة العالمية، مصر، 1953، ص406، أبو المجد، علي، **أحكام النقض على مواد القانون المدني في ربع قرن**، ط1، مطبعة لجنة البيان العربي، مصر، 1955، ص192.

[2] أبو البصل، عبد الناصر موسى، **دراسات في فقه القانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص355.

[3] نقض مدني مصري 1979/1/10، طعن 672 س، 45ق. مشار إلية: طلبة، أنور، **انحلال العقود**، مرجع سابق، ص415.

وقد يكون للإقالة أثر رجعي وذلك باتفاق العاقدان عند الإقالة، فما بُـدأ بتنفيـذه مـن الالتزامات أو تم، يرجع فيه ويعتبر العقد الأصلي كأن لم يكن وهنا تقترب الإقالة مـن الفسـخ الإتفاقي[1].

إلا أن هذا الاتفاق على الأثر الرجعي ليس مطلقاً، إذ ترد عليه قيود منها:

1. بالنسبة للغير: لا يضار هؤلاء بالأثر الرجعي، فإذا كان المشتري قبل التقايل قد رتـب حقاً عينياً على العين المبيعة، أو ترتب من جهته هذا الحق كرهن مـثلاً، فـإن الأثـر الرجعي للإقالة لا يمس حقوق الغير -إذا كان حسن النية- فتعود العين إلى البائع مثقله بهذه الحقوق، وبمفهوم المخالفة، إذا كان الغير سيء النية، فإن العين تعود للبائع مجرده من أية حقوق.

2. فيما يتعلق بالعقود الزمنية كالإيجار، فإن الأثر الرجعي للاقالة، لا يمس ما تم تنفيذه من هذه العقود، حتى فيما بين المتقايلين، لأن طبيعة العقد الزمني تستعصي الرجوع فيما تم تنفيذه، إذ أن الزمن معقود عليه، وما مضى من الزمن لا يعود[2].

وبهذا المعنى قررت محكمة النقض المصرية بأن "متى كان الطرفان قد تراضيا علـى إلغاء العقد فإن هذا التفاسخ (التقايل) لا يكون له أثر رجعي، إلا إذا اتفقا عل ترتيب هذا الأثـر بالنسبة لكل أو بعض الحقوق والالتزامات المترتبة على العقد الذي تفاسخا عنه"[3].

وبنفس المعنى قررت محكمة النقض "أن للمتعاقدين أن يتفقا على أن يكون للتفاسخ أثر معدوم لكل ما ترتب على تعاقدهما من حقوق والتزامات وللمحكمة أن تستخلص هذه النية مـن ظروف الدعوى وملابساتها"[4].

---

[1] السنهوري، **مصادر الحق**، ج4، مرجع سابق، ص268.

[2] المرجع السابق، ص268.

[3] نقض مصري 1966/4/7، طعن 323س، 32ق.

[4] نقض 1953/3/26، طعن 310 س، 20 ق، للمزيد راجع: المصري، محمد محمود وعابدين، محمـد أحمـد ، **الفسـخ والإنفساخ والتفاسخ في ضوء القضاء والفقه**، مرجع سابق، ص208 وما بعدها.

الفصل الثالث

تطبيقات عقد الاقالة

المبحث الأول: الاقالة في عقود المعاوضات المالية

المبحث الثاني: الاقالة في عقود التبرعات

الفصل الثالث

تطبيقات عقد الإقالة

هناك بون شاسع بين النظرية والتطبيق العملي، ولكي نخرج النظرية من جمود قالبها لا بد من تجسيدها بصورة عملية على أرض الواقع، كالحالة التي يــتم فيهــا ولادة الجنــين دون تشوهات، وكذا العقود فإنها تكتسب أهمية بالغة عندما تأخذ حيزها فــي التطبيــق إذا تزاوجــت الأبجديات النظرية تزاوجاً خلافاً مع واقعها العملي بصورة تؤدي لميلاد الانسجام مع احتياجات المجتمع وتحقق القصد المرام اجتماعياً من سنها، وخير مثال لهذا التناغم كثرة تعامــل النــاس بهذه العقود تبادلاً للاحتياجات من جهة وتيسيراً لحياتهم اليومية وتسهيلاً لها من جهة أخرى، إذ أن إبقاء العقود في أحشاء النظريات يسلب منها معناها الاجتماعي وقصد الشارع ممــا يقــود لعبثية مقيتة ولغو فاضح.

لذلك يمكن القول بأن الإقالة، عقد له أحكامه النظرية المحكمة الصياغة من جهــة ولــه واقع عملي وتطبيقي من جهة أخرى، ولا مناص في سياق هذه الرسالة أن نبحث في التطبيقات العملية لهذا العقد في مبحثين وسيتم التعرض في المبحث الأول لتطبيقات الإقالة فــي مجــال المعاوضات المالية، بينما سيتم في المبحث الثاني التعرض لتطبيقاتها في عقود التبرعات.

المبحث الأول

الإقالة في عقود المعاوضات المالية

المراد بعقود المعاوضات المالية: "تلك العقود التي يأخذ فيها كل من المتعاقدين مقابلاً لما أعطى أو لما التزم به، فالبيع عقد بالنسبة للبائع لأنه يأخذ الثمن في مقابل نقل ملكية الشيء المبيع، ومعاوضة بالنسبة للمشتري لأنه يأخذ الشيء المبيع في مقابل الثمن"[1]، وكذلك عقد الإيجار والشركة والصلح، وغيره.

وسيتم التطرق في هذا المبحث إلى تطبيقات الإقالة في عقود المعاوضات المالية بالمعنى الوارد سابقاً وذلك في مطلبين ففي المطلب الأول سيتم تناول الإقالة في عقد الإيجار وفي المطلب الثاني الإقالة في الشفعة.

المطلب الأول: الإقالة في الإجارة

قبل الخوض في غمار هذا الموضوع لا بد من التطرق لأهمية هذا العقد عقد الإيجار - من الناحية الاجتماعية والاقتصادية وبيان ماهيته وتنظيم المشرع له.

يمكن القول بأن عقد الإيجار من أهم العقود المسماه بعد عقد البيع إذ من خلاله يستطيع الملاك استثمار ممتلكاتهم بصورة تحقق لهم نفعاً ومردوداً ويتيح في ذات الوقت لغير الملاك الانتفاع بما لا يملكون ويعتبر بذلك أكثر العقود تداولاً، إذ أنه يعمل على توزيع الدخل بين أفراد المجتمع حيث لم يترك المشرع الباب مفتوحاً عل مصراعيه بين أطراف العلاقة الإيجارة في الاتفاق على ما يشاؤون فعمل على تنظيم هذا العقد تنظيماً يكفل العدل التبادلي ويحقق العدالة الاجتماعية بمعنى عدم النظر في عملية الإيجار نظرة أحادية بل يجب أن تنظر للطرفين في إطار معادلة عادلة[2].

---

[1] مرقس، سليمان، **موجز أصول الالتزامات**، مرجع سابق، ص45.

[2] النداوي، أدهم وهيب، **العقود المسماه في القانون المدني، البيع والايجار**، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1999 ص125.

فعقد الإيجار هو أحد العقود المدنية ويتلو البيع في ترتيب الأهمية العملية ويعتبر من عقود المعاوضات في الحياة الاقتصادية بل لعله من أكثر العقود تأثيراً على حياة الناس وتوليداً للمنازعات القضائية.

الفرع الأول: انتهاء عقد الإيجار

إن عقد الإيجار يتولد عنه التزامات متقابلة بين طرفيه المؤجر والمستأجر وبالتالي فهو عقد ملزم لا يحق لأحد العاقدين فسخه إلا بعد رضى العاقد الآخر أو بأحد الأسباب الموجبة للفسخ.

وكون الإيجار من عقود المدة فهو لهذا السبب ينقضي بانقضاء مدته وكغيره من العقود يزول بالبطلان وينحل بالفسخ والتقايل، إذ أن التقايل اتفاق المتعاقدين على إنهاءه قبل انقضاء مدته وذلك طبقاً للقواعد العامة[1].

والإيجار ينقضي بانقضاء الالتزامات الناشئة عنه كأن يرجع إلى اتحاد الذمة، أو أن يرث المؤجر المستأجر أو العكس أو إلى تحقق شرط فاسخ علق عليه الالتزام كأن يكون المستأجر موظفاً ويشترط في حال انتقاله لمنطقة أخرى أن يفسخ العقد أو يرجع إلى هلاك العين المؤجرة هلاكاً مادياً أو قانونياً[2].

ولما كان الزمن عنصراً جوهرياً في عقد الإيجار فإنه ينتهي بانتهاء مدته وقد ينتهي قبل انتهاء مدته بسبب إعسار المستأجر وللعذر الطارئ بصفة عامة.

وقد تناول المشرع الأردني في حالات انتهاء عقد الإيجار بانتهاء مدته في المادة (1/707) من القانون المدني بقولها "ينتهي الإيجار بانتهاء المدة المحددة في العقد ما لم يشترط تجديده تلقائياً".

---

[1] تناغو، سمير عبد السيد، **عقد الإيجار**، منشأة دار المعارف، الاسكندرية، 1997، ص288.

[2] السنهوري، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الايجار والعارية)** ج6، ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998، ص601.

أما موت أحد المتعاقدين في عقد الإيجار لا يؤدي إلى انتهاءه في القانون الأردني وهـذا يقرب حق الإيجار من أن يكون حقاً عينياً وليس حقاً شخصياً وبالتالي فهو يلزم ورثة المـؤجر ويعتبر العقد مستمراً تجاه الورثة (ورثة المالك) بشروطه وكذلك يستمر كحق لورثة المسـتأجر مما يفرض عليهم الالتزام بهذا العقد[1].

وبهذا المعنى نصت المادة (1/709) من القانون المدني الأردنـي علـى أن "لا ينتهـي الإيجار بوفاة أحد المتعاقدين"[2]، وذلك خلافاً لما تقضي به الشريعة الإسـلامية مـن أن مـوت المؤجر أو المستأجر يفسخ عقد الإجارة حيث تقرر انتهاء عقد الإيجـار بمـوت المسـتأجر أو المؤجر، وذلك بنص المادة (664) من مرشد الحيران حيث نصت علـى أن "تنفسـخ الإجـارة بموت المؤجر أو المستأجر إذا عقدهما لنفسه لا لغيره".

الفرع الأول: حكم الإقالة في الإجارة

بعد ايضاح اهمية عقد الإيجار بات من الملح التطرق لحكم الإقالة في عقـد الإيجـار باعتباره عقداً لازما لا بد من التراضي بين طرفيه على التقايل منه.

لقد تناول الفقه الإسلامي الإقالة في عقد الإيجار واتفقوا على أن هذا العقـد عقـد لازم سواء من قال بأن الإقالة فسخ أم عقد جديد.

فقد ورد عند الحنفية "أن عقد الإجارة (عقد معاملة) فإن مطلق المعاملة تنصـرف إلـى المعاوضات التي يلحقها الفسخ بالإقالة"[3].

وجاء في البدائع "فعقد الإجارة ينتهي بأشياء منها الإقالة لأنه معاوضة المال بالمال فكان محتملاً للإقالة كالبيع"[4].

---

[1] النداوي، أدهم وهيب، **العقود المسماه في القانون المدني**، ط1، مرجع سابق، ص163.

[2] تقابل المادة (1/601) من القانون المدني المصري التي تنص على أنه "لا تنتهي الإيجـار بمـوت المـؤجر أو بمـوت المستأجر".

[3] العيني، **البناية في شرح الهداية**، ج7، ط1، مرجع سابق، ص1018.

[4] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج4، ط2، مرجع سابق، ص222.

وورد عند الحنابلة "وتصح الإقالة في الإجارة كما تصح في البيع"[1].

وعند المالكية "الإجارة عقد لازم ينفسخ بما تنفسخ به العقود اللازمة"[2].

أما عن الكيفية التي تجري بها الإقالة في عقد الإجارة فقد جاء في جواهر العقود "وصورة التقايل، ويكتب على ظهر الإجارة تقابل المتاجران المذكوران باطنه وهما فلان وفلان أحكام الإجارة الصادرة بينهما في المأجور المعين... تقايلا صحيحاً شرعاً مشتملاً على الإيجاب والقبول... وإن شاءا صدر بإقرارهما أنهما تقايلا وإن شاء قال: ورجع كل منهما إلى عين ماله وتسلم كل واحد منهما من الآخر ما وجب له تسلمه شرعاً على صفته الأولى وتفرقا بعد تمام الإقالة عن تراض ويؤرخ"[3].

المسألة الأولى: إقالة عقد الإيجار في القانون الأردني

بادئ ذي بدء، يمكن القول، بأن عقد الايجار يعتبر من العقود الزمنية، لأنه يقع على المنفعة، والعقد الزمني "هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد"[4].

وعليه فإن الاقالة الواردة على العقد الزمني لا ينسحب أثرها على الماضي، لأنه لا يمكن اعادته، ويتمتع بخاصية الزمن، وما نفذ من العقد أصبح تنفيذه نهائياً لا يمكن الرجوع فيه.

ولا نجافي الحقيقة إذا ما قلنا بأن القانون الأردني قد استمد أحكامه من الفقه الإسلامي وعلى وجه الخصوص من مجلة الأحكام العدلية فقد ورد فيها أن "الإجارة تنفسخ بالإقالة والإقالة في الإجارة كالإقالة في البيع"[5].

---

[1] البهوتي، **كشاف القناع**، ج3، مرجع سابق، ص249.

[2] ابن رشد، محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد القرطبي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج2، ط10، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988، ص229.

[3] الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي، **جواهر العقود**، ج1، ط2، مرجع سابق،ص298.

[4] الجبوري، ياسين، **المبسوط**، مجلد1، مرجع سابق، ص26.

[5] حيدر، علي، **شرح مجلة الأحكام**، مرجع سابق، ص492. راجع أبو قاذان، **الإقالة وأحكامها...**، مرجع سابق، ص95.

فللعاقدين الاتفاق على فسخ عقد الإيجار بالتراضي قبل انقضاء مدته ولا شك في جواز ذلك لأنهما كما استطاعا باتفاقهما أن يتعهدا بالتزامات كان لهما بالمقابل الاتفاق على التحـــرر من هذه الالتزامات وعليه لا يجوز لطرف واحد أن ينفرد بإرادته المنفردة في فسخ العقد، دون رضاء العاقد الآخر.

ولكن هذا لا يعني أن لا تتم الإقالة بإرادة منفردة تصدر من أحد العاقدين ولكـــن ذلـــك منوط بالاتفاق بين المتعاقدين من قبل على جواز الإقالة بهذه الإرادة المنفردة.

فالإرادة المنفردة التي تتم بها الإقالة إرادة منفردة وليدة اتفاق بين إرادتين متطـــابقتين سابقتين، فلا بد إذن من الاتفاق على الإقالة أما عند الإقالة ذاتها أو في وقت سابق عليها[1].

مثال ذلك ما يتفق عليه عادة في عقود الإيجار من أن لكل من المتعاقدين الحـــق فـــي إلغاء عقد الإيجار بإعلان يرسله إلى المتعاقد الآخر قبل الإلغاء بمدة معينة، فهنا عقـــد الإيجـــار يجوز إلغاؤه بإرادة أحد العاقدين عن طريق إعلان هذه الإرادة للعاقد الآخر في مدة معينة وهي على هذا الوجه إقالة متفق عليها في عقد الإيجار بين المتعاقدين.

وقد جاء في قرار لمحكمة التمييز الأردنية بأنه "أجازت المادة (241) من القانون المدني للعاقدين أن يتقايلا العقد برضاهما، وتتم إقالة العقد بإيجاب وقبول في مجلس العقد أو بالتعـــاطي في نفس المجلس إذا كان المعقود عليه قائماً وعليه فإذا قام مستأجر العقار بعقد صـــحيح ولازم بترك المأجور بإرادته المنفردة وسلم مفتاح المأجور لزوجة المؤجر قبل انقضاء مدة العقد دون اتفاق على إقالة العقد أو فسخه فلا تعتبر الإقالة قانونية، وأن تسليم المفتاح لا يعني بالضـــرورة إقالة للعقد ما دام لم يلق قبولاً، أو لم يكن باتفاق مع العاقد الآخر ويكون الحكم للمـــؤجر ببـــدل الإيجار عن باقي المدة التي بقي فيها المأجور خالياً دون تأجير في محله وموافقاً للقانون"[2].

---

[1] السنهوري، **مصادر الحق**، مرجع سابق، ص245.

[2] قرار محكمة تمييز حقوق رقم 1997/1227 هيئة عامة بتاريخ 97/7/30 المنشور على الصفحة 46 من عدد مجلة نقابة المحامين، بتاريخ 1998/1/1.

ولا بد في هذا السياق الإشارة إلى أن الأهلية اللازمة للاتفاق على الفسخ هي ذاتها الأهلية التي تلزم لانعقاد الإيجار، إذ نصت المادة (659) من القانون المدني الأردني على أنه "يشترط لانعقاد الإجارة أهلية العاقدين وقت العقد".

والتراضي على إقالة الإجارة قد يكون صريحاً أو ضمنياً، فيكون رضاءاً ضمنياً أن يخلي المستأجر العين المؤجرة قبل انقضاء مدة الإيجار فيتسلمها المؤجر دون تحفظ[1].

وبهذا الصدد قررت محكمة التمييز الأردنية بأن المادة (437) من المجلة قد نصت على أن تنعقد الإجارة بالتعاطي، وبالقياس على هذا النص فإن اقالة الإجارة تنعقد بالتعاطي أيضاً ولذلك فإن تسليم مفتاح المأجور من المستأجر إلى المؤجر يعتبر إقالة للعقد ويترتب على ذلك أن يعيد المؤجر الأجرة المقبوضة على حساب باقي مدة العقد[2].

المسألة الثانية: إقالة عقد الايجار في القانون المصري

تطرق الباحث فيما مضى إلى أن التقايل (التفاسخ) غير منصوص عليه في القانون المدني المصري ولكنه معمول به تحت ظله، فهو تطبيق للقواعد العامة، إذ ما تستطيع أن تفعله توافق الإرادتين تستطيع هي ذاتها أن تنقضه وتزيله في الحدود التي لا تضر بالغير بطبيعة الحال.

فالتفاسخ عبارة عن عقد يبرم بقصد إزالة عقد آخر وتفريعاً على ذلك فإنه يلزم أن يرد رضا الطرفين على العقد الذي سبق لهما إبرامه بمعنى آخر لا تكفي إرادة أحدهما كي يتم التفاسخ أو التقايل باعتبار ما تقيمه الإرادة المشتركة لا تنقضه الإرادة المنفردة.

والتقايل كما يكون بإيجاب وقبول صريحين يكون بإيجاب وقبول ضمنيين بعدم تنفيذ العقد.

---

[1] السنهوري، الوسيط، مرجع سابق، ص599.

[2] قرار محكمة تمييز حقوق رقم 1976/72 هيئة خماسية تاريخ 1976/3/1 المنشور على صفحة 1844 من عدد **مجلة نقابة المحامين** بتاريخ 1976/1/1.

وبهذا الإطار قررت محكمة النقض المصرية في حكم لها:

"إن كان الأصل في العقود أن تكون لازمة بمعنى عدم إمكان انفراد أحد العاقدين بفسخ العقد دون رضا المتعاقد الآخر إلا أنه ليس ثمة ما يمنع من الاتفاق بينهما على فسخ العقد والتقايل عنه، وكما قد يتم بإيجاب وقبول صريحين يصح أن يكون ضمنياً، وبحسب محكمة الموضوع إذا هي قالت بالفسخ الضمني أن تورد من الوقائع والظروف ما اعتبرته كاشفاً عن إرادتي طرفي العقد، وأن تبين كيف تلاقت هاتان الإرادتان على حل العقد[1].

إلا أنه في حالة التقايل الضمني يجب عدم التوسع في تفسير ما يؤدي إليه وعلى كل حال فهو يدخل في رحاب الواقع ولقاضي الموضوع فيه القول الفصل ما دام يستخلصه استخلاصاً سائغاً ومقبولاً[2].

المطلب الثاني: حكم الإقالة في الشفعة

تكمن معضلة الشفعة في أنها تمثل قيداً خطيراً على حرية التصرف وحرية التملك والتعاقد فبموجبها يجد المشتري نفسه مجبراً على التخلي عن العقار الذي اشتراه ويجد البائع نفسه طرفاً في عقد مع آخر غير الذي أراد البيع له، ويجد الشفيع نفسه طرفاً في عقد لم يناقش شروطه ولم يشترك في انعقاده، وكأن لهذه الطبيعة انعكاساً ألقى بظلاله على أحكام الشفعة فأحاطها المشرع بمجموعة من القيود والإجراءات.

وصورة الإقالة في الشفعة، تتمثل فيما إذا اشترى شخص من آخر عقاراً ثم أخذ الشفيع الأرض بالشفعة وبعد قبضها من جانب الشفيع، تقايل البائع والمشتري البيع الذي تم بينهما، فهل يرد الشفيع الأرض إلى البائع وتسقط الشفعة أم لا؟

---

[1] نقض 84/4/11 الطعن 427 لسنة 49ق الطعن 61 سنة 33ق جلسة 67/2/16 س18 ص394. الطعن 2083 لسنة 53، جلسة 1990/1/29.

[2] المصري محمد محمود وعابدين محمد أحمد، **الفسخ والإنفساخ والتفاسخ**، مرجع سابق، ص98.

اختلفت آراء الفقهاء حول هذه المسألة إذ أن اختلافهم في تكييف الإقالة انعكس بدوره على حق الشفيع فيما رد بالإقالة.

إن جمهور الفقهاء من الحنفية، تعطي الشفيع حق الشفعة فيما رد بالإقالة، على اعتبار أنها فسخ في حق المتعاقدين بيع في حق ثالث -كما عند أبو حنيفة -، أو على اعتبار أنها بيع في حقهما كما هو الحال عند أبو يوسف - فإن الشفيع يأخذ بالشفعة بعد تقابل البيع بين البائع والمشتري، فإذا أقال البائع المشتري، فقد نقل ابن رشد الإجماع على عدم سقوط الشفعة بالإقالة فقال "واجمعوا على أن الإقالة لا تبطل الشفعة من رأي أنها بيع ومن رأي أنها فسخ أعني الإقالة"[1].

فإذا ما تم قبض المبيع في بيع العقار وسلم الشفيع بالشفعة في شراء المشتري ثم تقايلا فللشفيع أن يطلب ذلك بالشفعة لأنه شخص ثالث فالإقالة بالنظر إليه بيع جديد أي يعتبر البائع مشترياً للعقار من المشتري فتثبت الشفعة للشفيع في الإقالة[2].

لأن العقار قد عاد إلى ملك البائع بقبوله ورضاه فكان ذلك بمنزلة الشراء الجديد فيتعلق به حق الشفعة[3].

فمن اشترى داراً ولها شفيع فسلم الشفيع الشفعة ثم تقايلا البيع أو اشتراها ولم يكن بجنبها دار ثم بينت دار بجنبها فتقايلا البيع فإن الشفيع يأخذها بالشفعة.

فقد جاء في المنتقي للباجي:

"إن الإقالة لا تمنع الأخذ بالشفعة لأن حق الشفيع قد وجب في المبيع (الشخص) وأثبت له الخيار في أخذه أو تركه فلم يكن للمشتري أو البائع أن يسقط حقه منه بالإقالة ولا بغيرها ولا خلاف أن للشفيع أن يأخذ بالبيع الأول، وهل له أن يأخذ بالإقالة وتكون عهدته على

---

[1] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني،** مرجع سابق، ص249.

[2] ابن رشد، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد،** ج2، ط10، ص263.

[3] حيدر، علي، **شرح مجلة الأحكام،** مجلد 1، مرجع سابق، ص174.

المشتري، أم لا مبنى على اختلاف قولهم في الإقالة هي بيع حادث أن نقض بيع، فإذا قلنا أنها نقض بيع لم يكن له أن يأخذ بالإقالة وإنما له أن يأخذ بالبيع الأول وتبطل الإقالة لما كانت مبطلة لحق الشفيع بعد وجوبه ولزومه ولذلك قال مالك (ولم سلم الشفيع صحت الإقالة)"[1].

وقد اعتبر بعض الفقهاء أن الإقالة فسخ للعقد مما يؤدي لسقوط الشفعة وعدم تجدد حق الشفيع بها... لأن المقتضى للإقالة هو البيع ولم يوجد هنا حيث أنهم يقولون أن الإقالة فسخ وليست بيع[2]، إذ أن قصد المتعاقدان انصرف لاعتبار الإقالة فسخ فالعبرة لقصدهما[3].

الفرع الأول: رأي القانون المدني الأردني

لقد نصت المادة (243) من القانون المدني الأردني بأن "الإقالة في حق العاقدين فسخ، وفي حق الغير عقد جديد".

وقد أخذ المشرع الأردني بما ذهب إليه القائلين بأن الإقالة في الشفعة بيع وفي ذلك تزول على الواقع بين الطرفين من ناحية وحماية للغير من ناحية أخرى[4].

فإن حصلت الإقالة بين طرفي العقد سواءاً قبل طلب الشفعة أو بعد سقوطها فإنه يجوز للشفيع أن يطلب الشفعة إذا ما توافرت شروطها لأن الإقالة بحكم البيع الجديد له، إذ يترتب عليها عودة المبيع إلى مالكه الأصلي ولم يعد هناك احتمال لحصول أي ضرر إذ أن الحكمة من إقرار الشفعة دفع الضرر المحتمل الناجم عن نقل ملكية المبيع مما يقود للقول بتعارض هذا التوجه مع الحكمة من إقرار الشفعة.

وبهذا الصدد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن "إذا فسخ البيع وعاد المبيع إلى البائع زال الضرر الذي قصد الشفيع أو صاحب الأولوية تحاشيه بالتمليك"[5].

---

[1] الباجي، **المنتقى**، ج5،ط1، مرجع سابق، ص214.

[2] البهوتي، **كشاف القناع عن متن الاقناع**، ج3، مرجع سابق، ص250.

[3] الزيلعي، **شرح كنز الحقائق**، ج5، مرجع سابق، ص256. راجع أبو قاذان، **الإقالة وأحكامه...** مرجع سابق، ص83.

[4] **المذكرات الايضاحية** للقانون المدني الأردني،ج1، مرجع سابق، ص250.

[5] تمييز حقوق 88/5 ص 1057، سنة 1990 في 88/2/16، مشار إليه لدى العبيدي، علي هادي، **الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية**، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1999، ص176.

وبما أن الشفعة سببها دفع ما قد ينشأ من سوء الجوار من الضرر فإن سقوط حق الشفيع يؤدي إلى تفويت السبب الذي من أجله شرعت الشفعة وهو دفع الضرر لذلك يرى الباحث أن الواقع والحاجة والمصلحة تقضي بما قال به القانون المدني الأردني بأن الإقالة بيع في حق غيرها.

الفرع الثاني: رأي القانون المدني المصري

جدير بالذكر ان القضاء المصري قد زخر بالعديد من القضايا التي أثير خلالها موضوع الإقالة (التفاسخ)، إذ أثير موضوعها بمناسبة الشفعة فيما إذا حصل بين البائع والمشتري إقالة برضاهما فهل يسقط حق الشفيع في الشفعة الثابت له بسبب البيع الذي ترتبت عليه الإقالة

فقد قضي بأن حق الشفعة يتولد بمجرد حصول البيع فتقايل البائع والمشتري بعد ذلك لا يسقط هذا الحق لأن التقايل لا يؤثر في حقوق الغير خصوصاً إذ كان الغرض الهروب منها.

وقضت محكمة النقض المصرية "بأن مجرد التعاقد على البيع ينشأ عنه حق الشفيع في الأخذ بالشفعة وأن التفاسخ بشأن هذا البيع لا يؤثر في حق الشفيع إذا حصل بعد إعلان الرغبة بالأخذ بالشفعة والتحقق من حصول التفاسخ قبل أو بعد إنذار الرغبة بالشفعة من مسائل الواقع التي يستقل بتقديرهما قاضي الموضوع متى كان استخلاصه سائغاً وله ما يسانده من أوراق الدعوى"[1].

ويشترط للأخذ بالشفعة إعلان الرغبة إلى كل من البائع والمشتري وإلا سقط حق الشفيع وقد نصت المادة (940) من القانون المصري "على من يريد الأخذ بالشفعة أن يعلق رغبته إلى كل من البائع والمشتري خلال 15 يوم من تاريخ الإنذار الرسمي الذي يوجهه إليه البائع أو المشتري وإلا سقط حقه ويزاد على تلك المدة ميعاد المسافة إذا ما اقتضى الأمر ذلك".

[1] نقض 1982/12/23 طعن 964 49ق.

ولإعلان الرغبة أهمية بالغة في حصول التفاسخ وثبوت الحق بالشفعة فإن اتفق كل من البائع والمشتري على التفاسخ فإن الآثار المترتبة على ذلك مختلفة تبعاً لما إذا كان الشفيع قد أعلن رغبته في أخذ العقار المبيع بالشفعة أو لم يعلنها.

فإذا كان قد أعلن تلك الرغبة قبل التفاسخ يثبت حقه في الشفعة وبالتالي لا يحاج بالتفاسخ ويتعين على المحكمة أن تمضي في نظر دعوى الشفعة[1].

أما إذا تم التفاسخ قبل إعلان الرغبة فإن البيع يكون قد زال وبالتالي لا يوجد محل يرد عليه حق الشفيع مما يحول دونه ورفع دعوى الشفعة وإلا وجب القضاء برفضها[2].

وبهذا المعنى قضت محكمة النقض المصرية بقولها: "والتقايل في البيع لا يعتبر بيعاً جديداً يتولد عنه للشفيع حق الشفعة لأن التقايل أو التراد في البيع هو فسخ له بتراضي الطرفين لا إنشاء لبيع جديد ومن شأنه في قصد المتعاقدين إعادة الحالة إلى ما كانت عليه قبل البيع ومحو كل أثر له مما لا يكون معه أساس لطلب الشفعة، وإذ فمتى كان التقايل قد حصل قبل طلب الشفعة فإنه يعدم أثر البيع الأول ولا يبقى محل لطلب الشفعة[3].

فلا بد في هذا السياق الإشارة إلى أن شراح القانون المصري قد اختلفوا في الإقالة من حيث اعتبارها فسخ للعقد أو بيع جديد.

فمنهم من يجعل الإقالة فسخاً للعقد يتفق عليه الطرفان ويترتب عليه زوال البيع فإذا ما وقع الفسخ قبل طلب الشفيع سقط الحق في طلب الشفعة[4].

ويعترض على هذا الاتجاه في القانون المدني بأن حق الشفيع متى ثبت بالبيع لا يسقطه التقايل بين البائع والمشتري وتملك الشفيع ثابت في القانون قبل وقوع الإقالة سواءً على تقدير

---

[1] طلبة أنور، **الشفعة والتحيل لإسقاطها**، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004، ص182.

[2] المرجع السابق، ص184.

[3] نقض 1954/3/25، طعن 168 س، 21ق.

[4] مرسي، محمد كامل، **الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية**، ج3، ط1، المطبعة العالمية، مصر، 1952 ص257.

القول بتملك الشفيع البيع عند إبرام عقد البيع، أو على تقدير القول بتملك الشـفيع للعـين عنـد تسجيل الرغبة في الأخذ بالشفعة، أو على تقدير القول بثبوت ذلك بعد الحكم بها[1].

فإذا كان حق الشفيع ثابت على تقدير الأقوال الثلاثة فلا تسـقطه الإقالـة بـين البـائع والمشتري.

ومنهم من يرى أن الإقالة بيع جديد يترتب عليه اتفاق المتبايعين على اسـترداد البـائع المبيع واسترداد المشتري الثمن وعليه لا يحق للشفيع أن يطلب الشفعة في البيـع الأول لأنـه زال بالمقابلة[2].

ويعترض على هذا الاتجاه بأن حق الشفيع يثبت بالبيع الأول وفي الإقالة باعتبارها بيعاً جديداً يحق للشفيع الأخذ بأي البيعين شاء لأنه متى ثبت الحق لا يزيله تصرف المشتري والبائع بالإقالة بينهما[3].

وتجدر الإشارة إلى أن البيع الذي يثبت فيه حق الشـفعة ورد علـى سـبيل العمـوم والإطلاق والمطلق يجري على إطلاقه ما لم يوجد نص يقيده، فلا فرق فيه بين بيع خال مـن الشروط وبيع يقيد بها، ولا بين شرط وشرط، لذلك فإن البيع المعلق على شرط عدم اسـتعمال الشفعة يترتب عليه صحة البيع وجواز الشفعة وبطلان الشرط لمخالفته للنظام العـام لأنـه يترتب على الشرط حرمان غير المتعاقدين من استعمال حق له[4].

---

[1] مرسي، محمد كامل، **الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية**، ج3، ط1، مرجع سابق، ص257.

[2] المرجع السابق، ص257.

[3] الدردعان، عبد الله بن عبد العزيز، **أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة**، ط1، مكتبـة التوبـة، الريـاض، 1994، ص257.

[4] كامل محمد مرسي، **الحقوق العينية أسباب كسب الملكية**، ج3، مرجع سابق، ص344.

المبحث الثاني

الاقالة في عقود التبرعات

المقصود بعقود التبرعات: هي "تلك العقود التي تقوم على أساس العطية من دون مقابل من أحد المتعاقدين للآخر، ومثالها الهبة، والعارية، والوديعة بغير أجر والوكالة بغير أجر"، إلا أن الهبة تتميز عن باقي عقود التبرع في أن الواهب يلتزم بإعطاء شيء أما بقية العقود فإن المتبرع يلتزم بعمل أو بالامتناع عن عمل، والهبة المقصودة في إطار هذه الرسالة هي الهبة المباشرة والتي لا تتحقق إلا بأن يلتزم الواهب بنقل حق إلى الموهوب له أو أن يلتزم بحق شخصي بالإعطاء، وهي التي تسري عليها أحكام الهبة.

وقد ارتأى الباحث في سياق هذا التقديم إيضاح الفرق بين الهبة باعتبارها عقد تبرع وغيرها من عقود التبرع، إذ أنها تخضع لأحكام تنفرد بها من حيث التعريف والخصائص واللزوم، والكيفية التي يتم الرجوع فيها وشرائطها، والإقالة بالتراضي، ومبررات كلا الرجوع (الإقالة) والآثار المترتبة على ذلك في الفقه والقانون.

المطلب الأول: الإقالة في الهبة

إن الهبة تلقي بظلال الخير والإحسان، وتذكي نار التعاون والإيثار، وتورث المحبة بين الواهب والموهوب له مما يضفي على وشائج النسيج الاجتماعي روح المتانة وقد حث عليها ديننا السمح الحنيف، لذلك لا بد لنا من سبر غور أحكام الإقالة فيها، وهذا يقود للحديث عنها في عدة فروع، تناول الباحث في الفرع الأول، التعريف بالهبة في الفقه والقانون، ومقوماتها، وفي الفرع الثاني أركانها، وفي الفرع الثالث، حكم الإقالة في الهبة، وفي الفرع الرابع، موانع الرجوع في الهبة، وفي الفرع الخامس، آثار الرجوع في الهبة.

الفرع الأول: تعريف الهبة

الهبة في الفقه الإسلامي: لقد تشابهت تعريفات الفقهاء للهبة لذلك يمكن تعريفها بأنها "تمليك مال لآخر بلا عوض ويقال لفاعله واهب ولذلك المال موهوب ولمن قبله موهوب له والإتهاب بمعنى قبول الهبة أيضاً"[1].

وجاء في البدائع: إن الهبة تمليك العين في الحال من غير عوض"[2].

أما في الاصطلاح القانوني: فقد عرفها القانون المدني الأردني في المادة (1/557) بأنها "تمليك مال أو حق مالي لآخر حال حياة المالك دون عوض".

أما القانون المدني المصري فقد عرف الهبة في المادة (1/486) منه بأنها "عقد يتصرف بمقتضاه الواهب في مال له دون عوض". ويتضح من خلال التعريفات أن الهبة:

1 - لفظ التمليك يستفاد منه:

أ - يوجب لفظ التملك أن يكون المملك أي الواهب مالكاً لذاك المال وأهلاً لتملكه.

ب - وقيل تمليك مال وبذلك تخرج الإباحة باعتبارها إعطاء الإذن بأكل مال[3]، وتخرج العارية والإجارة لأن ذلك تمليك للمنافع.

ج - أن التمليك بلا عوض يخرج ما فيه عوض كالبيع والإجارة.

2 - إن القول حال الحياة يخرج ما عدا ذلك من نطاق الهبة، فتخرج بذلك الوصية وقد فارقت الهبة الوصية، إذ أن عقد الوصية ينعقد بإرادة منفردة من الموصي ولهذا يجوز الرجوع عنها ولا تنتج الوصية أثرها إلا عند موته، أما رضاء الموصي له بالوصية بعد موت الموصي فليس

---

[1] المادة (833) من **مجلة الأحكام العدلية**.

[2] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، مرجع سابٌ، ص116.

[3] حيدي، علي، **شرح مجلة الأحكام**، ج2، مرجع سابق، ص390. المادة (386) من **مجلة الأحكام العدلية**.

قبولاً لإيجاب الموصي وإنما هو تثبيت لحق الموصي له في الموصى به، بينما الهبة عقد لا يجوز الرجوع فيه إلا في أحوال معينة وكذلك أثرها لا يتراخى حتماً إلى موت الواهب[1].

المسالة لأولى: الرجوع في الهبة

من الخصائص التي تتميز فيها الهبة جواز الرجوع فيها والرجوع يكون إما قبل القبض أو بعده.

أولاً: الرجوع قبل القبض

فإن كان الرجوع قبل القبض انفسخ عقد الهبة باتفاق الفقهاء، لأن الهبة قبل القبض غير لازمة بالاتفاق، وليس لها من حكم قبل القبض بصورة مطلقة سواءً أكان الموهوب له أجنبياً أو كان ذا رحم محرم[2].

ثانياً: الرجوع بعد القبض

إذا كان الرجوع بعد القبض ففي الأمر خلاف: حيث ذهب جانب من الفقه إلى عدم جواز الرجوع في الهبة إلا في حالة واحدة وهي حالة هبة الوالد لولده، وتسمى عند المالكية باعتصار الهبة[3]، وقد استند أصحاب هذا الرأي لقوله عليه السلام "لا يحل لأحد أن يهب هبه ثم يرجع فيها إلا من ولده"[4] وذهب جانب آخر من الفقه إلى جواز رجوع الواهب في هبته.

---

[1] بدران، بدران أبو العينين، **المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون**، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1985، ص215.

[2] حيدر، علي، **شرح مجلة الأحكام**، المجلد الثاني، مرجع سابق، ص398.

[3] اعتصار الهبة: أخذ الأب الهبة من الولد قهراً عنه بلا عوض (ذكراً أو أنثى) سواء حازها الولد أم لا، والاعتصار يكون بكل لفظ يدل على استرجاع الهبة من ولده له سواء كان بلفظ الاعتصار أو غيره. الدردير، **الشرح الصغير على أقرب المسالك لمذهب الإمام مالك**، ج4، ص151.

[4] النسائي، أبو محمد أحمد بن علي بن شعيب، **سنن النسائي**، ج6، ط1، دار البشائر الإسلامية للطباعة، بيروت، 1986 ص263.

وقد ورد في البدائع "للواهب أن يرجع في هبته وإنما يثبت اللزوم ويمتنع الرجوع لأسباب عارضة"[1]، إذ أن الواهب إنما قصد من هبته غرضاً، قد يكون صلة رحم أو العوض المالي أو لنيل الثواب فإذا اتضح أن غرض الواهب قد تحقق لم يجز له الرجوع، وفيما عدا ذلك يترك الأمر إليه فله الرجوع في الهبة إذا كان غرضه لم يتحقق.

وقد استند أصحاب هذا الرأي وهم الحنفية إلى قول رسول الله صلى الله عليه وسلم "الواهب أحق بهبته ما لم يثب منها"[2] أي -يعوض -.

وكون الغرض الذي يرنو إليه الواهب أمر خفي لا يمكن الإطلاع عليه فكان الفصل له في ذلك فلهذا يجوز له الرجوع في الهبة على ألا يوجد مانع من الرجوع يبطل حقاً لآخر[3].

ويمكن القول بأن الحنفية اعتبروا بأن الرجوع في الهبة فسخ للعقد بعد تمامه وفسخ العقد بعد تمامه يصح بدون القضاء أو الرضا كالرد بالعيب بعد القبض[4]، أي بإرادة منفردة دون رضا الطرف الآخر، فمن باب أولى أن تكون الإقالة صحيحة في الهبة لأنها نتاج الرضا بين المتعاقدين.

واستناداً لذلك، إذا انفسخ عقد الهبة بالإقالة، عاد الموهوب إلى قديم ملك الواهب ويملكه الواهب وإن لم يقبضه، لأن القبض إنما يعتبر في انتقال الملك لا في عود قديم الملك كالفسخ في باب البيع والموهوب بعد الرجوع يكون أمانة في يد الموهوب له حتى لو هلك في يده لا يضمن لأن قبض الهبة قبض غير مضمون، فإذا انفسخ عندها بقي القبض على ما كان قبل ذلك أمانة غير موجب للضمان فلا يصير مضموناً عليه إلا بالتعدي كسائر الأمانات ولو لم يتراضيا على الرجوع ولا قضى القاضي به[5].

---

[1] الكسائي، **بدائع الصنائع**، ج6، مرجع سابق، ص127.

[2] البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، **السنن الكبرى**، ج6، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1994، ص300.

[3] بدران، بدران أبو العينين، **المواريث والوصية والهبة**، مرجع سابق، ص244.

[4] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، مرجع سابق، ص128.

[5] حيدر، علي، شرح المجلة، ج2، مرجع سابق، ص459. الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، مرجع سابق، ص128. راجع أبو قاذان، **الإقالة وأحكامها...** مرجع سابق، ص108.

وورد عند الحنفية: "بأن بيان ما يرفع عقد الهبة فالذي يرفعه هو الفسخ إما بالإقالة أو الرجوع بقضاء القاضي أو التراضي"[1].

وعليه فإن الرجوع في الهبة ليس صحيحاً بدون الرضا أو القضاء وقد تناولت مجلة الأحكام هذه الجزئية فنصت في سياق المادة (865) من المجلة "لو استرد الواهب الموهوب بعد القبض من نفسه بدون رضاء الموهوب له أو بدون حكم الحاكم وقضاءه كان غاصباً وفي هذه الصورة لو تلف أو ضاع في يده كان ضامناً".

ويتضح من النص بأن الموهوب له لو قبض المال الموهوب بإذن الواهب صراحة أو دلالة فلا يستطيع الواهب استرداد الموهوب من الموهوب له بدون رضاء أو بدون حكم الحاكم وقضاءه فإذا فعل كان غاصباً لأنه ليس للواهب أن ينفرد في الرجوع بدون الرضا والقضاء[2].

المسالة الثانية: رأي القانون في الرجوع في الهبة

لقد أخذ المشرع الأردني بما ذهب إليه أصحاب الرأي القاضي بجواز رجوع الواهب في هبته ما لم يوجد مانع من موانع الرجوع، لذلك نصت المادة (576) مدني أردني على أنه:

1/ للواهب أن يرجع في الهبة قبل القبض دون رضا الموهوب له، اما بعد القبض فيشترط رضا الموهوب له

2/ وله أن يرجع فيها بعد القبض بقبول الموهوب له، فإذا لم يقبل جاز للواهب أن يطلب من القضاء فسخ الهبة والرجوع فيها متى كان يستند إلى سبب مقبول ما لم يوجد مانع من الرجوع"[3].

---

[1] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، مرجع سابق، ص134.

[2] حيدر، علي، **شرح المجلة**، المجلد الثاني، المرجع السابق، ص461.

[3] تقابل المادة (500) من **القانون المدني المصري**، وللمزيد راجع قرارات محكمة النقض المصرية. أمير فرج، العقود التي ترد على الملكية، مرجع سابق، ص453 -457.

ويستفاد من النص بأن الرجوع في الهبة يتم بالتراضي بين الواهب والموهوب له بعد القبض ويطلق على هذا الرجوع إقالة للهبة - وقد يتم الرجوع بغير الإقالة إذا لم يقبل الموهوب له الإقالة جاز للواهب أن يطلب من القضاء الترخيص له في الرجوع متى كان يستند في ذلك لعذر مقبول ولم يوجد مانع من الرجوع.

استناداً لذلك يمكن القول بأن هناك هبات لازمة لا يجوز الرجوع فيها إلا بالتراضي وهي الهبات التي يقوم فيها مانع من موانع الرجوع[1]، أما بالنسبة للهبات غير اللازمة والتي لا يقوم فيها مانع من موانع الرجوع فلا يجوز للواهب بغير التراضي الرجوع في الهبة إذا كان عنده عذر مقبول للرجوع، وتقدير العذر المقبول يخضع لمراقبة القضاء دون أن تكون للواهب الحرية المطلقة في الإعذار.

وقد قررت محكمة التمييز الأردنية في قرار لها "من المتفق عليه فقهاً وقضاءاً أن البت في السبب المقبول الذي يبيح للقضاء فسخ الهبة والرجوع فيها عملاً بالمادة (576) من القانون المدني هو مسألة تقديرية تستقل فيها محكمة الموضوع"[2].

وبذلك يكون المشرع الأردني قد ساير المذهب الحنفي[3]، في إمكانية الرجوع بالتراضي وفي حال انتفاء التراضي لا مناص من اللجوء إلى القضاء لاستصدار حكم بالرجوع إلا أن الفقه الحنفي اكتفى في حالة الرجوع بالتقاضي بعدم وجود مانع يمنع الواهب من الرجوع في الهبة ويكون بذلك قد أطلق رجوع الواهب في هبته دون رقيب، في حين أن المشرع الأردني -وبدليل نص المادة (2/576) من القانون المدني الأردني - قد اشترط وجود عذر مقبول لرجوع الواهب متروك لتقدير القاضي شأن كل فسخ قضائي، فللقضاء قبول العذر وفسخ الهبة أو الامتناع في إجابة طلب الواهب، وبذلك يكون المشرع قد كفل للهبة قدراً من اللزوم[4].

---

[1] حمدي، كمال، **المواريث والهبة والوصية**، مرجع سابق، ص172.

[2] تمييز حقوق رقم 83/604. ص922 سنة 1984. **مجلة نقابة المحامين**، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية، ج5، المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة 1981 وحتى نهاية سنة 1985.

[3] **المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني**، مرجع سابق، ص530.

[4] بودي، حسن محمد، **موانع الرجوع في الهبة**، مرجع سابق، ص91.

وقد نحى المشرع المصري ذات المنحى الذي ذهب إليه المشرع الأردني في الرجوع عن الهبة سواءً ما كان منه بالتراضي أو قضاءً متأثراً بذلك أيضاً بما ذهب إليه المذهب الحنفي في الفقه الإسلامي بجواز الرجوع في الهبة.

ولم يغفل المشرع المصري والأردني الأسباب السائغة التي تبرر رجوع الواهب في هبته وقد عددتها المادة (577) من القانون المدني الأردني وكذلك المادة (501) من القانون المدني المصري إذ اعتبرت المادة (577) من القانون المدني الأردني أنه:

يعتبر سبباً مقبولاً لفسخ الهبة والرجوع فيها:

1- أن يصبح الواهب عاجزاً عن أن يوفر لنفسه أسباب المعيشة بما يتفق مع مكانته أو أن يعجز عن الوفاء بما يفرضه عليه القانون من النفقة على الغير.

2- أن يرزق الواهب بعد الهبة ولداً يظل حياً حتى تاريخ الرجوع أو أن يكون له ولد يظنه ميتاً وقت الهبة فإذا هو حي.

3- إخلال الموهوب له بالتزاماته المشروطة في العقد دون مبرر أو إخلاله بما يجب عليه نحو الواهب أو أحد أقاربه حيث يكون هذا الإخلال جحوداً كبيراً من جانبه.

إن الأسباب الواردة في هذه المواد لم يوردها المشرع على سبيل الحصر بل على سبيل المثال وقد خصت بالذكر لأنها هي الأعذار الغالبة التي تبرر الرجوع في الهبة مما يعني إمكانية قيام أعذار أخرى، كانفساخ الخطبة.

وقد قضت محكمة التمييز بهذا الصدد أن "يعتبر انفساخ الخطبة سبباً مقبولاً لاسترداد الهدايا التي لها حكم الهبة ما لم يثبت وجود مانع من الرجوع حسب أحكام المادة (579) من القانون المدني"[1].

[1] تمييز حقوق 83/604 ص922 سنة 1984، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز في القضايا الحقوقية ج5، المنشورة في **مجلة نقابة المحامين** منذ بداية سنة 1981 حتى نهاية سنة 1985.

ويلاحظ من النص السابق بأن في المادة (577) بأن الأعذار التي تبرر رجوع الواهب في الهبة قد تكون تغير حال الواهب بأن غدا فقيراً معدماً أو نزول مستوى معيشته أو يصبح عاجزاً على الإنفاق على من هم في مسؤوليته وتجب نفقتهم عليه، وكذلك إذا رزق بولد أو ثبوت حياة ولد له اعتقده ميتاً، فبوجود هذا العذر لا يجعل الهبة مفسوخة من تلقاء نفسها بل لا مناص من رفع الأمر للقضاء، وليس للقاضي ها هنا من سلطة تقديرية كالسلطة التي يتمتع بها في بقية الأعذار، فمتى يثبت له أن الواهب قد رزق بولد بعد الهبة وطلب الرجوع وجب على القاضي أن يحكم بالفسخ.

وجحود الموهوب له أيضاً يعتبر عذراً يبرر الرجوع في الهبة، ومن صور هذا الجحود الاعتداء على حياة الواهب مثلاً أو أحد أقاربه، أو الإساءة إليه إساءة بالغة بصورة تتنافى مع ما قدمه الواهب من جميل للموهوب له، وتخضع هذه التصرفات لتقدير القاضي سواءً عاقب عليها القانون أم لا[1].

المسألة الثالثة: موانع الرجوع في الهبة

لقد جمع الفقهاء موانع الرجوع السبعة عن الهبة في حروف (دمع خزقة) فالدال إشارة إلى الزيادة، والميم إشارة إلى موت أي من الواهب أو الموهوب له، والعين إشارة للعوض، والخاء إشارة إلى خروج المال الموهوب من يد الموهوب له، والزاي إشارة الزوجية، والقاف إشارة إلى القرابة، والهاء إشارة إلى الهلاك[2].

وقد تأثر المشرع الأردني بما ورد في الفقه الحنفي وترتيبه الرجوع في الهبة، إذ أنه حين عدد الموانع في المادة (579) من القانون المدني وتقابل المادة (502) من القانون المدني المصري لم يخرج عما جاء به الفقه إذ نصت المادة المذكورة على أن:

---

[1] بدران، بدران أبو العينين، **المواريث والوصية والهبة**، مرجع سابق، ص251.

[2] حيدر، علي، **شرح مجلة الأحكام**، مجلد 2، مرجع سابق، ص464.

1- إذا كانت الهبة من أحد الزوجين للآخر أو لذي رحم محرم ما لم يترتب عليها مفاضلة بين هؤلاء بلا مبرر.

2- إذا تصرف الموهوب له في الموهوب تصرفاً ناقلاً للملكية، فإذا اقتصر التصرف على بعض الموهوب جاز للواهب أن يرجع في الباقي.

3- إذا زادت العين الموهوبة زيادة متصلة ذات أهمية تزيد في قيمتها أو غير الموهوب له الشيء الموهوب على وجه تبدل فيه اسمه.

4- إذا مات أحد طرفي العقد بعد قبضها.

5- إذا هلك الموهوب في يد الموهوب له، فإذا كان الهلاك جزئياً جاز الرجوع في الباقي.

6- إذا كانت الهبة بعوض.

7- إذا كانت الهبة صدقة أو لجهة من جهات البر.

8- إذا وهب الدائن الدين للمدين.

واستناداً لذلك يمكن تقسيم هذه الموانع إلى:

أولاً: موانع قائمة منذ صدور الهبة

فتكون الهبة لازمة لتحقيق الغرض منها نظراً لطبيعة الهبة ذاتها فإما أن تكون عوضاً دنيوياً، أو ثواباً[1]، أو براً بين الزوجين إذ أن الهبة بين الزوجين يتمثل الغرض منها توثيق عرى الزوجية والتواد وقد تحقق، ولكن يشترط في منع الرجوع عن الهبة هي الزوجية الموجودة وقت الهبة أما الزوجية وقت الرجوع فليست مانعة عن الرجوع[2]، فلو وهب أحد

[1] حيدر، علي، **شرح المجلة**، مجلد 2، مرجع سابق، ص464.

[2] نصت المادة)874) من **مجلة الأحكام العدلية** أن "لا يصح الرجوع في الصدقة بعد القبض بوجه من الوجوه".

امرأة أجنبية شيئاً ثم بعد ذلك تزوج منها فله الرجوع عن هبته لأن مقصود الواهب هو العوض بناءً عليه يكون حق الرجوع ثابت ولا يسقط هذا الحق بالتزوج.

وقد قضت محكمة التمييز الأردنية بأن "جميع ما يدفعه الزوج من مال وما يقدمه من ملابس لزوجته أثناء قيام الزوجية يعتبر هبة يمتنع الرجوع بها عملاً بالمادة (867) من المجلة"[1]، لذلك فإن هبة الخطيب لخطيبته قبل قيام الزوجية يجوز الرجوع فيها وفقاً للقواعد العامة في الرجوع.

وقد يكون الغرض من الهبة صلة الأرحام، وقضت محكمة التمييز الأردنية بأن "هبة السيارة التي تمت في دائرة السير لوالد الواهب لازمة ولا يحق الرجوع للواهب في هبته على أساس أن منع الرجوع بالهبة من الولد إلى الوالد وهو ذو رحم محرم أو إلى غيره لتحقيق البر بالوالدين"[2].

أما إذا كانت الهبة بعوض، فقد نصت عليها المادة (868) من المجلة بأن "إذا أعطى للهبة عوض وقبضه الواهب فهو مانع فعليه لو أعطي للواهب من جانب الموهوب له أو من آخر شيء كونه عوض عن هبته، فليس له الرجوع عن هبته بعد ذلك".

فإذا قدم الموهوب له عوضاً عن الهبة أو التزم بشروط وتكاليف لمصلحة الواهب أو لمصلحة أجنبي أو للمصلحة العامة فإن الهبة تكون لازمة منذ صدورها ولا يجوز للواهب الرجوع فيها إلا بالتراضي مع الموهوب له[3].

وعليه يشترط في العوض لكي يكون مانعاً للرجوع:

1- أن يعطي الموهوب له العوض بلفظ يعلم به الواهب أنه أعطى عوضاً عن هبته.

---

[1] تمييز حقوق 77/309، ص1978/110، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز الأردنية في القضايا الحقوقية المنشورة في **مجلة نقابة المحامين** منذ بداية سنة 1976 حتى نهاية سنة 1980، ج4.

[2] تمييز حقوق 82/553، ص201 سنة 1983، المبادئ القانونية لمحكمة القضايا الحقوقية المنشورة في مجلة نقابة المحامين منذ بداية سنة 1981 حتى نهاية سنة 1985، ج5.

[3] حمدي، كمال، **المواريث والهبة والوصية**، مرجع سابق، ص173.

2 - يلزم أن يكون العوض غير الموهوب.

3 - للواهب سلامة العوض، فلو ضبط العوض من يد الواهب بالاستحقاق فبما أنه لا يكون عوضاً فللواهب الرجوع عن هبته[1].

ثانياً: موانع تطرأ بعد صدور الهبة

إذا طرأت بعد صدور الهبة موانع فإنها تحول دون الرجوع لقيام حق أقوى، كحق الورثة مثلاً، لأنه ثبت بالميراث وإطمأن له الورثة، فهي إما أن ترجع إلى أحد المتعاقدين أو إلى الشيء الموهوب.

1. ما يرجع إلى المتعاقدين

نصت المادة (872) من مجلة الأحكام العدلية بأن "وفاة كل من الواهب والموهوب له مانعه من الرجوع فعليه ليس للواهب الرجوع في الهبة إذا توفي الموهوب له كذلك ليس لورثته استرداد الموهوب إذا توفي الواهب".

فوفاة كل من الواهب والموهوب له بعد التسليم مانعه من الرجوع، وعليه إذا توفي الموهوب له فليس للواهب الرجوع عن الهبة واسترداد الموهوب من الورثة، فيكون حق ورثته أقوى من حق الواهب في الرجوع لأن حق الورثة على الموهوب قد ثبت بالميراث واطمئن الورثة لذلك[2].

وكذلك إذا توفي الواهب فليس لورثته الرجوع عن الهبة واسترداد الموهوب[3]، لأن حق الرجوع حق متصل بشخص الواهب وهو من يقدر اعتبارات ومبررات الرجوع وليس ورثته علاوة على أن الوارث لم يوجب الملك للموهوب له فكيف يرجع في ملك لم يوجبه[4].

---

[1] حيدر، علي، **شرح المجلة**، مجلد 2، مرجع سابق، م2، ص467.

[2] السنهوري، **الوسيط**، مرجع سابق، ص193.

[3] حيدر، علي، **شرح المجلة**، مجلد 2، مرجع سابق، ص477.

[4] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، مرجع سابق، ص129.

2. ما يرجع للشيء الموهوب

أ) تصرف الموهوب له بالشيء الموهوب.

إذا تصرف الموهوب له بالشيء بالموهوب تصرفاً نهائياً بأي سبب من الأسباب الناقلة للملكية كالبيع أو الهبة أصبحت الهبة لازمة، وامتنع على الواهب حق الرجوع، وقد نصت المادة (870) من المجلة بقولها "إذا باع الموهوب له الموهوب أو أخرجه من ملكه بالهبة والتسليم لا يبقى للواهب صلاحية الرجوع".

أما إذا كان التصرف في بعض الموهوب فإن حق الرجوع يبقى قائماً في الباقي.

ب) هلاك الشيء الموهوب

هلاك الموهوب مانع للرجوع، فإذا أهلك في يد الموهوب له سواء بسبب أجنبي أو بفعله امتنع على الواهب الرجوع في هبته، إذ أن الموهوب له لا يضمن الهلاك لأن الهالك ملكه وإذا هلك بعضه جاز الرجوع في الباقي.

والهلاك إما أن يكون حقيقياً، كالتلف أو حكمياً، ويكون بتلف عامة منافع الشيء الموهوب مع بقائه ووجوده، كطحن الحنطة الموهوبة دقيقاً[1].

وقد ورد في البدائع "أن لا سبيل إلى الرجوع في الهالك ولا سبيل إلى الرجوع في قيمته لأنها ليست بموهوبة لانعدام ورود العقد عليها"[2].

ج) إذا وهب الدين للمدين[3].

وهذه الحالة وردت ذكراً في القانون المدني الأردني والفقه الإسلامي - بذاتها، إلا أنها لم ترد بالذكر في القانون المصري، وعليه إذا وهب الدائن الدين للمديون منجزاً فليس للواهب الرجوع ما لم ترد هذه الهبة من جانب المديون، لأن الهبة هبة الدين للمديون إجراء[4].

---

[1] حيدر، علي، **شرح المجلة**، م2، مرجع سابق، ص476.

[2] الكاساني، **بدائع الصنائع**، ج6، مرجع سابق، ص128.

[3] المادة (873) من **مجلة الأحكام** نصت على "إذا وهب الدائن الدين للمديون فليس له الرجوع بعد ذلك".

[4] حيدر،علي، **شرح المجلة**، م2، مرجع سابق، ص477.

د) الزيادة في الموهوب.

ونفرق بهذا الإطار في حالتين:

1- الزيادة المتصلة سواء كانت متولدة، كالزرع أو غير متولدة عنه، كالبناء، فهذه الزيادة في الموهوب تلزم الهبة بعد أن كانت غير لازمة يجوز الرجوع فيها وما دامت الزيادة تزيد في قيمة الموهوب فإنها تمنع الرجوع[1]، فإذا زالت الزيادة المانعة من الرجوع كأن حصد الزرع أو أزيل البناء عاد حق الواهب في الرجوع.

2- الزيادة المنفصلة: فهذه الزيادة لا تمنع الواهب من الرجوع لأنه يستطيع الرجوع في أصل الشيء الموهوب سواءً كانت متولدة كالولد أو غير متولدة، كبدل الإيجار.

لأن الزيادة ليست بموهوبة فلا يجوز الرجوع فيها كما يمتنع الرجوع فيها أصلاً لتعذر فصل الأصل عن الزيادة حتى يمكن الرجوع في الأصل وعدم الرجوع في الزيادة[2]، أما إذا لم تكن موجبة لتزايد القيمة أو كان تزايد القيمة لمجرد ترقي الأسعار فلا تكون مانعة من الرجوع[3].

الفرع الثالث: آثار الرجوع في الهبة

إن الرجوع في الهبة تقايل إذا تم بالتراضي وفسخ إذا تم بالتقاضي وسواءً كان تقايلاً أو فسخاً فإن الرجوع يرتب مجموعة من الآثار في حق المتعاقدين من جهة وفي حق الغير من جهة أخرى.

---

[1] السنهوري، **الوسيط**، مرجع سابق، ص195.

[2] ، المرجع السابق، ص129.

[3] حيدر، علي، شرح المجلة، مجلد2، مرجع سابق، ص470.

المسألة الأولى: أثر الرجوع بين المتعاقدين

لقد نصت المادة (1/503) من القانون المدني المصري بأنه "يترتب على الرجوع في الهبة بالتراضي إذ تنفسخ بأثر رجعي وتعتبر الهبة كأن لم تكن"[1].

ويستفاد من ذلك أنه يستوي رجوع الواهب قضاءاً أو رضاءاً في الأثر المترتب على الهبة إذ تنفسخ بأثر رجعي وتعتبر الهبة كأن لم تكن".

ولكن قبل التراضي أو التقاضي على الرجوع تكون الهبة قائمة، فلا يستطيع الواهب أن يمتنع عن تسليم الشيء الموهوب إذا كان لم يسلمه، ولا يستطيع أن يسترده إن كان قد سلمه فإن أقدم على استرداده بعد أن كان قد سلمه بغير تراض أو تقاض كان غاصباً[2]، وكانت يده يد ضمان، ويترتب على ذلك اعتباره ضامناً إذا هلك الشيء في يده ووجب أن يدفع للموجب له قيمة الشيء وقت الهلاك[3].

أولاً: رد الموهوب له

إذا تم الرجوع بالتراضي أو التقاضي فلا يلزم الواهب بتسليم الموهوب إذا كان لم يسلمه، ويستطيع أن يسترده من الموهوب له إن كان قد سلمه، فإذا هلك الموهوب في يد الموهوب له بالاستهلاك أو بفعله كان ضامناً ويلزم بالتعويض أما إذا كان الهلاك بسبب أجنبي فإن الهلاك على الواهب إلا إذا أعذره وهلك بعد الأعذار، فالهلاك على الموهوب له تطبيقاً للقواعد العامة.

---

[1] تقابل المادة (1/581) قانون مدني أردني.

[2] الغصب: "هو أخذ مال أحد وضبطه دون إذنه ويقال للآخذ غاصباً وللمال المضبوط مغصوب ولصاحبه مغصوب منه" م (881) من **مجلة الأحكام العدلية**.

[3] السنهوري، **الوسيط**، مرجع سابق، ص209.

وقد نصت المادة (2/504) من القانون المدني المصري بأن "أما إذا صدر حكم بالرجوع في الهبة وهلك الشيء في يد الموهوب له بعد اعذاره بالتسليم فيكون الموهوب له مسؤولاً عن هذا الهلاك، ولو كان الهلاك بسبب أجنبي"[1].

ثانياً: رجوع الواهب بالثمرات

يملك الموهوب له الثمرات إلى يوم التراضي أو التقاضي ويعتبر حسن النية فلا يكون بالقيام مسؤولاً عن ردها إلى الواهب.

أما من يوم التراضي على الرجوع أو رفع دعوى الرجوع لعذر مقبول فإن الموهوب له يصبح سيء النية، ويجب عليه رد الثمرات من وقت التراضي على الرجوع أو رفع الدعوى وللواهب أن يسترد المصروفات الضرورية والنافعة دون الكمالية.

وقد نصت المادة (2/503) من القانون المدني المصري بأنه "لا يرد الموهوب له الثمرات إلا من وقت الاتفاق على الرجوع أو من وقت رفع الدعوى، وله أن يرجع بجميع ما أنفقه من مصروفات ضرورية، أما المصروفات النافعة فلا يجوز في الرجوع بها القدر الذي زاد في قيمة الشيء الموهوب".

ويمكن القول بأن القانون المدني المصري قد اتفق مع الفقه الإسلامي في العودة بالمصروفات الضرورية والنافعة ولكنه اختلف في المصروفات الكمالية وقد أقر الفقه بالرجوع في المصروفات الكمالية أيضاً[2].

المسألة الثانية: أثر الرجوع بالهبة بالنسبة للغير

يجب التفرقة في هذا الصدد بين ما إذا كان الموهوب عقاراً أو منقولاً.

---

[1] تقابلها المادة (2/581) مدني أردني.

[2] السنهوري، **الوسيط**، مرجع سابق، ص102.

أولاً: بالنسبة للعقار

لا بد من التمييز فيما إذا تصرف الموهوب له بالشيء تصرفاً نهائياً ببيع أو هبة أو غير ذلك من العقود الناقلة للملكية أو رتب حقاً عيناً كحق الرهن.

1 - تصرف الموهوب له بالشيء:

فإذا تصرف الموهوب بالشيء تصبح الهبة لازمة وامتنع على الواهب الرجوع ويستوي في ذلك العقار والمنقول، ويمتنع الرجوع سواءاً بالتقاضي أو التراضي[1].

وإذا امتنع على الواهب الرجوع فلا يستطيع عند قيام العذر المقبول للرجوع أن يطالب الموهوب له بالتعويض.

2 - ترتيب حق عيني:

مما يعني بأن الموهوب له لم يتصرف بالشيء تصرفاً نهائياً ولذلك فإن تطبيق القواعد العامة يقضي بما يلي:

إذا كان الشيء الموهوب عقاراً وترتب حق الغير على العقار الموهوب بعد تسجيل صحيفة الدعوى في الرجوع أو بعد تسجيل التراضي على الرجوع في الهبة فإن حق الغير (إن كان سيء النية) لا يسري بالنسبة للواهب مما يمكن الواهب من استرداد العقار الموهوب خالياً من كل حق للغير وعندئذ يرجع الغير على الموهوب له بالتعويض تطبيقاً للقواعد العامة[2].

أما إذا كان الغير (حسن النية) أي لا يعلم بقيام العذر المقبول لرجوع في الهبة، سرى حقه قبل الواهب ويسترد هذا الأخير العقار مثقلاً بهذا الحق.

---

[1] السنهوري، **الوسيط**، مرجع سابق، ص209.

[2] عرفة، السيد عبد الوهاب، **المطول في الملكية العقارية**، دار المطبوعات، الاسكندرية، 2004، ص513.

ثانياً: إذا كان الشيء الموهوب منقولاً

فإن كان الرجوع بالتراضي يسترد الواهب المنقول مثقلاً بهذا الحق، وإذا كان الرجوع بالتقاضي فالفسخ القضائي له أثر رجعي بالنسبة للغير فيسترده الواهب خالياً من حقوق الغير، هذا ما لم يكن الغير قد حاز حقه وهو حسن النية، فإن كان له حق رهن حيازي وحاز المنقول ليرتهنه وهو حسن النية فتكون الحيازة في المنقول سنداً لحق الغير ولا يستطيع بالتالي أن يسترد الواهب المنقول إلا مثقلاً بهذا الحق[1].

[1] السنهوري، **الوسيط**، مرجع سابق، ص213. عرفة، السيد عبد الوهاب، **المطول في الملكية العقارية** مرجع سابق، ص513.

خلاصة

النتائج

لقد توصلت من خلال هذا البحث إلى النتائج التالية:

1. انسجام المعنى اللغوي الإقالة مع معناها الاصطلاحي في رفع للعقد وإزالته وقد انعقد إجماع الفقهاء وشراح القانون على جوازها ومشروعيتها، حيث ثبتت الأخيرة في السنة وقضى بها العقل والمصلحة.

2. الإقالة: رفع العقد الصحيح اللازم الخالي من الخيار ويترتب عليها رجوع كل من البدلين إلى صاحبه، والعقد اللازم لا يحق لأي من المتعاقدين فسخه أو الرجوع فيه إلا برضا العاقد الآخر، أما رفع العقد غير اللازم فيحق لأي من عاقديه فسخه بإرادة منفرده ما عدا الزواج والطلاق والوقف فإنه لا إقالة فيهم بل هناك طرق مخصوصة لفسخها.

3. لوحظ اختلاف الفقهاء في تكييف الإقالة وإن أجمعوا على جوازها ومشروعيتها، قد رتب أحكاماً مختلفة بين هذه المذاهب، لذلك فإن معظم ما اختلف عليه الفقهاء نابعاً من اختلافهم في طبيعة الإقالة.

4. مجلة الأحكام العدلية الرافد الأساسي للقانون المدني الأردني، فيما يتعلق بالإقالة وأحكامها إذ أخذ برأي الحنفية فيما يتعلق بتكييفها واعتبارها فسخ في حق العاقدين بيع جديد في حق الغير.

5. من الضرورة بمكان توافر أركان الإقالة كسائر العقود والرضا شرط أساسي لصحة الإقالة ولا تقع بدونه ويستوي في ذلك أن تكون فسخاً أو بيعاً وكذلك اتحاد المجلس وقيام المبيع.

6. كون الإقالة بيع رتب مجموعة من الفوائد كثبوت حق الشفعة في المقال فيه ومنع رجوع الواهب.

7. على اعتبار أن الإقالة بيع فتصح بالثمن الأول وبأقل منه وأكثر وبخلاف جنسه أما إذا اعتبرت فسخ فلا تصح إلا بمثل الثمن الأول لأن الفسخ رفع ما كان وأي تسمية بخلاف الأصل باطلة والإقالة صحيحة ولا تبطل الإقالة بالشرط الفاسد.

8. يشترط لوقوع الإقالة صحيحة أن يكون التصرف قابلا للفسخ كالبيع والإيجار وإن كان غير قابل للفسخ كالنكاح فلا تصح الإقالة.

9. هلاك المبيع يعتبر مانعا من موانع الاقالة وكذلك الزيادة المتصلة غير المتولدة والزيادة المتصلة المتولدة إذا حدثت بعد القبض وكذلك تغيير طبيعة المحل أما الزيادة الحادثة قبل القبض فلا تعتبر من موانع الإقالة.

10. الإقالة كما تقع صراحة فإنها تقع بالتعاطي.

11. تبرز أهمية الإقالة من خلال تطبيقاتها إذن أن لها تطبيقات في شتى جوانب الحياة.

التوصيات

1. إن القانون المدني المصري لم يشر إلى التفاسخ في نصوصه وإنما تركها للقواعد العامة، دون ضبط للإقالة وأحكامها كما فعل المشرع الأردني وترك للقضاء فسحه واسعة لمعالجة أحكامها، لذا يجب العمل على ضبط أحكامها والنص عليها وذلك حفاظاً على حقوق الغير حسن النية عند وقوعها.

2. إن المشرع الأردني قد اقتبس واخذ العديد من الأحكام عن مجلة الأحكام العدلية لذا لا بد له من محاولة صياغة المواد التي اقتبسها بصور تساير الصياغة الحديثة للقواعد القانونية.

3. نأمل من المشرع الفلسطيني وهو يضع لبنة الدولة ومؤسساتها الإدارية والتشريعية أن يفطن إلى ما جاءت به مجلة الأحكام، وإن ما كان يصلح تطبيقه وقت وضعها، إلا أنه قد لا يصلح للوقت المعاصر.

قائمة المصادر والمراجع

المصادر

القرآن الكريم

ابن أبي شيبه، عبد الله بن محمد، **الكتاب المصنف في الأحاديث والآثار**، الجزء السادس، لا يوجد مكان ودار نشر، بدون سنة نشر.

ابن الهمام، الكمال، **شرح فتح القدير**، ج5، دار صادر، بيروت، بدون سنة نشر.

ابن حزم، أبي محمد علي بن أحمد بن سعيد، **المحلى**، ج9، دار الآفاق الجديدة، بيروت، بدون سنة نشر.

ابن رجب، الحافظ ابي الفرج عبد الرحمن، **القواعد في الفقه الاسلامي**، دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر

ابن رشد،ابو الوليد محمد بن أحمد الاندلسي، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد**، ج2، دار المعرفة بيروت 1978 .

ابن عابدين، محمد أمين، **رد المحتار على الدر المختار**، ج5، ط2، مطبعة مصطفى البابي الحلبي، 1966

ابن قدامه، أبي محمد عبد الله بن أحمد بن محمد المقدسي، **المغني**، ط4، دار الكتاب العربي، بيروت، 1983

ابن ماجة، أبو عبد الله محمد بن يزيد الربعي القزويني، **سنن ابن ماجة**، ج2، دار الفكر، بيروت، بدون سنة نشر.

ابي المظفر محي الدين محمد أوزبك زيب بهادرعالمكير بادشاه غازي، **الفتاوي الهندية**، ج4 دار المعرفة، بيروت، بدون سنة نشر.

الأسيوطي، شمس الدين محمد بن أحمد المنهاجي، **جواهر العقود ومعين القضـــاء والمـــوقفين والشهود**، ج1، ط2، لا يوجد دار نشر، القاهرة، 1955

الأنصاري، أبي يحيى زكريا، **اسنى المطالب في شرح روضة الطالب**، المجلد الثالث، المكتبـــة الإسلامية، بدون سنة نشر.

الباجي، ابو الوليد سليمان بن خلف بن سعد بن أيوب، **كتاب المنتقي، شرح موطأ الإمام مالـــك** ط1، مطبعة السعادة، مصر، سنة 1332هـــ.

باشا، محمد قدري، **مرشد الحيران إلى معرفة أحوال الإنسان**، ط1، الدار العربية للنشر، عمان، 1987.

البهوتي، منصور بن يونس بن ادريس، **كشاف القناع عن متن الاقناع**، المجلد الثالث، دار الفكر للطباعة والنشر، بيروت، 1982.

البهوتي، منصور، **شرح منتهى الإرادات، دقائق أولى النهى لشرح المنتهى**، ط10، دار الكتب العلمية، بيروت، 1988.

البيهقي، أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، **السنن الكبـــرى**، ج6، ط1، دار الكتـــب العلميـــة، بيروت، 1994.

التهانوي، ظفر أحمد العثماني، **إعلاء السنن** تحقق حازم القاضي، ج14، دار الكتب العلميـــة، بيروت، بدون سنة نشر.

الجرجاني، أبو الحسن الحسيني الحنفي، **التعريفات**، ط1، دار الكتب، بيروت 1987م.

الحافظ، أبي داود سليمان بن الأشعث السجستاني، **سنن أبي داود**، ج2، ط1 دار الجنان للطباعة والنشر، بيروت، 1988.

حيدر، علي، **درر الحكام، شرح مجلة الأحكام**، تعريب محامي فهمي الحسيني، المطبعة العباسية، حيفا، 1925.

الدردير، أبي البركات أحمد بن محمد بن أحمد، **الشرح الصغير على أقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك**، المجلد الثالث، دار المعارف، القاهرة، بدون سنة نشر.

الزحيلي، وهبه، **الفقه الإسلامي وأدلته**، ج4، ط2، دار الفكر للطباعة، دمشق، 1985.

الزيلعي، أبو محمد جمال الدين، **شرح كنز الحقائق**، ج4، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1314هجري.

الشربيني، محمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني الفاظ المنهاج**، دار الفكر، ج2 1978.

الصابوني، محمد علي، **صفوة التفاسير**، ط1، دار الفكر للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 2001.

العيني، محمد محمود بن أحمد، **البناية في شرح الهداية**، ج6،ط1، ، دار الفكر، دمشق، 1981.

الغزالي، محمد بن محمد، **الوسيط في المذهب**، كتاب البيع المجلد الثالث، ط1، دار إسلام للطباعة والنشر، 1997.

الغنيمي، عبد الغني الدمشقي الميداني، **اللباب في شرح الكتاب**، ط2، المكتبة العلمية، بيروت، 1993.

الفيومي، أحمد بن محمد بن علي المقري، **المصباح المنير**، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1978.

الكاساني، علاء الدين أبي بكر بن مسعود الحنفي، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع**، ج5، ط2 دار الكتب العلمية، بيروت، 1986.

الكواكبي، محمد بن حسن، **شرح الفوائد**، ط1، ج2، المطبعة الكبرى الأميرية، مصر، بدون سنة نشر.

المرداوي، علاء الدين السعدي الحنبلي، **الأنصاف في معرفة الراجح من الخلاف**، ج4، ط1 دار الكتب العلمية، بيروت، 1970.

المرغيناني، برهان الدين الرشداني، **الهداية، شرح بداية المبتدي**، ط3-4، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1995.

منلاخسرو الحنفي، محمد بن فرموز، **الدرر الحكام في شرح غرر الأحكام**، مطبعة أحمد كامل، دار الخلافة بالعلية، 1330هـ.

النسائي، أبو محمد أحمد بن علي بن شعيب، **سنن النسائي**، ج6، ط1، دار البشائر الإسلامية للطباعة، بيروت، 1986.

النووي، أبي زكريا يحيى بن شرف الدمشقي، **روضة الطالبين**، ج3، دار الكتب العلمية، بيروت، بدون سنة نشر.

المراجع العربية

ابن منظور، أبي الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي، **لسان العرب**، المجلد الثالث، دار صادر، بيروت، بدون سنة نشر.

أبو البصل، عبد الناصر موسى، **دراسات في فقه القانون المدني الأردني، النظرية العامة للعقد**، ط1، دار النفائس للنشر، الأردن، 1999.

أبو المجد، علي، **أحكام النقض على مواد القانون المدني في ربع قرن**، ط1، مطبعة لجنة البيان العربي، مصر، 1955.

أبو زهرة، محمد، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، دار الفكر العربي، سنة 1976.

بدران، بدران أبو العينين، **المواريث والوصية والهبة في الشريعة الإسلامية والقانون**، مؤسسة شباب الجامعة، الإسكندرية، 1985.

بودي، حسن محمد، **موانع الرجوع في الهبة في الفقه الإســلامي والقــانون الوضــعي**، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، 2004.

توفيق، حسن فرج، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، ط3، الدار الجامعيــة، بيــروت، 1992.

الجبوري، ياسين محمد، **المبسوط في شرح القانون المدني الأردني، نظرية العقد**، ط1، مجلد1 دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، بدون سنة نشر.

حسين، أحمد فراج، **الملكية ونظرية العقد في الشريعة الإسلامية**، دار الجامعة الجديدة، 2005.

حمدي، كمال، **المواريث والهبة والوصية**، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1998.

الحنبكو، علاء الدين بن عبد الرزاق. **التقابض في الفقه الإسلامي وأثره على البيوع المعاصرة** ط1. دار النفائس، الأردن، 2004.

الدردعان، عبد الله بن عبد العزيز، **أحكام الشفعة في الفقه الإسلامي، دراســة مقارنـــة**، ط1 مكتبة التوبة، الرياض، 1994.

دواس، أمين رجا، **مصادر الالتزام، المصـــادر الإراديـــة العقـــد والإرادة المنفـــردة**، ط1، دار الشروق، رام الله، 2004.

الزرفا، مصطفى أحمد، **المدخل الفقهي العام**، ط1، دار القلم، دمشق، 1998.

زيدان عبد الكريم، **المدخل لدراسة الشريعة الاسلامية**، ط13، مؤسســة الرســالة، بيــروت، 1996.

السالوس، علي أحمد، **فقه البيع والاستيثاق والتطبيق المعاصر**، ط1، دار الثقافة، قطر، مؤسسة الريان، 2003.

السرحان، عدنان إبراهيم وخاطر، نوري حمد، **شرح القانون المدني، مصادر الحقوق الشخصية**، ط1 دار الثقافة والنشر، عمان، 2000.

سعد، أحمد محمود، **مفهوم السلطة التقديرية للقاضي المدني**، ط1، دار النهضة العربية، القاهرة، 1988.

سلطان، أنور، **مصادر الإلتزام**، منشأة المعارف، الاسكندرية، 1970.

السنهوري، عبد الرزاق أحمد، **نظرية العقد**، المجمع العلمي العربي الإسلامي، بيروت، بدون سنة نشر.

السنهوري، عبد الرزاق، **الوسيط في شرح القانون المدني الجديد (الايجار والعارية)**، ج6 ط3، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

السنهوري، عبد الرزاق، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج4، ط2، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون سنة نشر.

السنهوري، عبد الرزاق، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي**، ج4 -6، ط2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 1998.

شبير، محمد عثمان، **المدخل إلى فقه المعاملات المالية**، الطبعة الأولى، دار النفائس، الأردن 2004.

الشواربي، عبد الحميد، **فسخ العقد في ضوء القضاء والفقه**، ط3، دار المعارف، الإسكندرية، 1997.

طلبة أنور، **الشفعة والتحيل لإسقاطها**، المكتب الجامعي الحديث، مصر، 2004

طلبة، أنور، **نفاذ وإنحلال البيع**، دار الكتب القانونية، مصر، 2003.

عامر، عبد اللطيف محمد، **الإقالة في العقود في الفقه والقانون**، دار مرجان للطباعة، القاهرة، بدون سنة نشر.

العبيدي، علي هادي، **الوجيز في شرح القانون المدني، الحقوق العينية**، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1999.

عرفة، السيد عبد الوهاب، **المطول في الملكية العقارية**، دار المطبوعات، الاسكندرية، 2004.

الفار، عبد القادر، **مصادر الالتزام**، ط1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 2001.

فرج، عبد الرزاق حسن، **نظرية العقد الموقوف في الفقه الإسلامي**، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969.

الفضل، منذر، **النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام**، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، 1996.

الفقي، حامد عبده، **الإقالة في عقد البيع**، دار الجامعة الجديدة للنشر، 2003.

فودة، عبد الحكم، **إنهاء القوة الملزمة للعقد**، دار المطبوعات الجامعية، القاهرة، 1993.

مدكور، محمد سلام، **المدخل للفقه الإسلامي، نظرية العقد**، دار الكتاب الحديث، 2005.

مرسي، محمد كامل، **الحقوق العينية الأصلية، أسباب كسب الملكية**، ج3، ط1، المطبعة العالمية، مصر، 1952.

مرسي، محمد كامل، **شرح القانون المدني الجديد، العقود المسماه**، ج6، المطبعة العالمية، مصر، 1953.

مرقس سليمان، **أصول الالتزامات**، مطبعة لجنة البيان العربي، القاهرة، 1961.

المصري، محمد محمود وعابدين، محمد أحمد، **الفسخ والإنفساخ والتفاسخ**، دار المطبعة الجامعية، القاهرة، 1997.

مصطفى، ابراهيم والزيات، أحمد وعبد القادر، حامد والنجار، محمد، **المعجم الوسيط**، ط2 مطبعة مصر. بدون سنة نشر.

الناهي، صلاح الدين عبد اللطيف، **الوجيز الوافي، مصادر الحقوق الشخصية، مصادر الالتزام المصادر الإرادية**، بدون تاريخ أو دار نشر، بدون سنة نشر.

النداوي، أدهم وهيب، **العقود المسماه في القانون المدني، البيع والايجار**، ط1، مكتبة دار الثقافة للنشر، عمان، 1999.

يوسف أمير فرج، **العقود التي تقع على الملكية، عقد البيع والشركة**، المكتب العربي الحديث، الإسكندرية، 2007.

الرسائل الجامعية

أبو قاذان، محمد أحمد بن عبد الرحمن، **الاقالة وأحكامها في الفقه الإسلامي، دراسة مقارنة مع القانون المدني الأردني**، رسالة ماجستير، جامعة آل البيت الأردنية، 2000م،

بيان، فاطمة حسن محمد، **فسخ العقد في القانون المدني اليمني والقانون المدني الأردني** رسالة ماجستير، مكتبة الجامعة الأردنية، عمان،

القوانين

القانون المدني الأردني، رقم (43) لسنة 1976.

القانون المدني المصري، رقم (131) لسنة 1948.

مجلة الأحكام العدلية

مجلة نقابة المحامين تمييز حقوق رقم 97/928، السنة الخامسة والأربعون، العدد الثاني عشر لسنة 1997

مجلة نقابة المحامين، تمييز حقوق رقم 99/274، السنة الثامنة والأربعون، عددان الثالث والرابع لسنة 2000

المذكرات الإيضاحية للقانون المدني الأردني، إعداد المكتب الفني، نقابة المحامين ط3، مطبعة التوفيق، عمان، 1992.

المذكرة الايضاحية لمشروع القانون المدني الفلسطيني، ديوان الفتوى والتشريع، إعداد موسى أبو ملوح، وخليل قدادة، غزة 2003.

الموسوعة الفقهية، وزارة الأوقاف والشؤون الاسلامية، ط2، طباعة دار السلاسل، الكويت، 1986.

الانترنت

قرار محكمة تمييز حقوق رقم 2003/3046 (هيئة خماسية) بتاريخ 2004/1/8 منشورات مركز عدالة، بيرزيت. 2008/3/22م .www.adaleh.com.

موسوعة الأحكام العربية، (موسوعة الأحكام المصرية) نقض مصري (الطعن رقم 161 لسنة 36 ق - جلسة 1970/11/26 س 21ص 1181) 2008/4/20م.
www.mohamoon-ju.net

An-Najah National. University
Faculty of Graduate Studies

The Avoidance of the Contract by the Acceptance of the Contractors

By
Ibrahim Anees Mohammad Yahya

Supervised by
Ali Sartawi

Submitted in Partial Fulfillment of the Requirements for the Degree of Master in Law, Development, Faculty of Graduate Studies, at An-Najah National University, Nablus, Palestine.
2010

The Avoidance of the Contract by the Acceptance of the Contractors
By
Ibrahim Anees Mohammad Yahya
Supervised by
Ali Sartawi

Abstract

This study aims at identifying the avoidance of the contract as the output of the matching of the two wills without breaking out the commitments of the contract or having a defect in it. It springs its legislated rules from the religious tolerance and its facilitated teaching because of the regret of one party. This avoidance is enclosed by the full satisfaction of the two parties which causes the recompense for each one of them.

For achieving the purpose of the study, the research is consisted of an introduction and three chapters

In The Introduction, the contract is identified as the most important managmental recourses and the most important factor in establishing the commitments in order to reach the contract which is able to be avoided. Also, it has been defined denotatively and connotatively along with its session in Fiqeh and law, and graded in clearing these sessions stages according to the scholars who explain the law starting with the true contract to the false one. Moreover, because the avoidance causes the the dissolution of the association among the contractors, the way of avoidance has been cleared either with dissolution or finishing it.

In The First Chapter, the character of the specialization which occurs under specific conditions has been identified , investigated and approved by

the scholars who ,despite there agreement about its occurrence, have disagreed in adopting it. Some of them consider the a voidance a new contract, others deal with it as a dissolution, but the rest of them see it as a new contract of the others. These attitudes has been cleared in the body of the research as an ideas parallel the adoption and the rules of the avoidance of the contract included in the Judicial Review Provision taken by the Jordanian Law which adopted the Islamic Fiqeh in this aspect that consider it a new contract for the benefit of the others.

Furthermore, chapter one included several concepts dealing with the avoidance of the contracts like the occurrence of it by the first price which means that it is not legal unless it has the same price in addition to the illegal conditions of increasing, decreasing and the variety of sex which means that the increasing or decreasing of the connected and disconnected purchasing price before or after taking the price affect the rightness of the avoidance which ban or don't ban the return. If these additional benefits before taking the price banned the retune which happens for the benefit of the seller and correct the avoidance.

But if the connected or disconnected the additional benefits after receiving the price affect the avoidance , it canceled the avoidance. On the other hand, the connected additional benefits do not cancel the avoidance if the satisfaction occurs and this leads to several results included the returning of weights.

Also. Several concepts in the first chapter have to be clarified such as the differences between the Islamic Fiqh, Jordanian and Egyptian law. The former do not allow to cancel the contract as a result of the violations but

when the creditor dose not demanding a voidance the contract when the debtor violates his commitments, but demanding the implementation of the contract in order to conduct the mandatory of the contract. If this solution is not conducted , the debtor resorts to the recompense .On the contrary, the later consider the violation of the contract by one of its parties allows the other to cancel it. Finally, the researcher deals with the avoidance of the contract according to the Egyptian law despite the fact that the Egyptian legislature did not organize special laws for it , but, instead of that he submitted it to general laws.

The Second Chapter deals with the pillars of the avoidance, conditions, ranges, places and utterances. For example, purchasing, rents and pre-emption could be items for avoidance. On the contrast, divorce, marriage and the donation of the properties for a charitable purposes could not. So, according to the Islamic Fiqeh and what it was adopted by the Jordanian legislators , the avoidance is acceptable in required and non-required contracts . The Islamic Fiqeh requires full satisfaction , session and the purchaser for the rightness of the contract avoidance but , the perishing price dose not have the same effect.

In the last section of chapter two, the researcher identifies the avoidance rules such as its proprieties, canceling the contract and returning to the origin. For instance, the disagreement between the contractors in its occurrence returns to the benefits of the demanding contractor. On the contrary , the disagreement in the price has more than on opinion, and according to this, the Jordanian law adopts the Maleky and Hanafy Fiqeh.

Also, the final section of the same chapter included the impediment to avoidance such as the increasing in the purchasing which stands as an obstacle. One the other hand, the increasing in the purchasing, the changing of the place and the changing of the name are not considered as an impediment to the avoidance. Furthermore it included the retroactive effect of the avoidance on the contractors. For more details , the avoidance should not have this effect which causes disadvantages for the others. By the same token, this concept dose not mean that there is no retroactive effect when the time is included in the contract.

The third chapter investigates the financial debates and the donation contracts such as the rent contracts in which the time is an essential element . Also, passing time is the reason for the avoidance of these kinds of contracts that the Islamic Fiqeh considers the possibility of the avoidance of it along with the Jordanian legislator.

Moreover, the same chapter identifies Shofa' (denotatively and connotatively) which means donation of the properties for a charitable purposes and the rules of its avoidance of the contracts and what both the Egyptian and the Jordanian legislators have adopted in addition to the variation among scholars in this field.

The Jordanian legislator considers the avoidance occurs on the third party who is the Shafee in the Sofa', But, and on the contrary, Egyptian legislator considers that the rightness of Shofa' happens when the purchasing occurs , and after that, this rightness does not disappear because it does not affect the prosperities of the others.

In addition to the debates contracts, donation contrasts have been explained denotatively and connotatively along with its pillars, conditions and the characteristics of the donators, donated and awardees.

Also, the researcher investigated the avoidance of the donation and its return in Sunna in addition to the Jordanian legislator's adoption of the possibility of the return in the contracts either by agreement or by the law, on the contrary, the Jordanian legislator limited the returning of the donator as a result of acceptable reason taken by the judge consideration.

By the same way, the researcher mentioned the impediments to the returning that the scholars have gathered .

Finally, the effects of the returning in the donation among the contractors and non- contractors have been clarified in more details. The avoidance happened in retroactive effects and considered non – existent, the donated would be returned and the donator has the benefits. For the non- contractors, the researcher distinguished between the fixed assets and the other assets. In the case of the fixed assets, the donation became obligatory and no returning on it either the donated fixed or non- fixed. On the other hand, if the donated organized rights for the others with bad intention, the donator could return the fixed assets without any right for the others. On the contrast, if the non- contractor has a good intention, he should have aright and the donator return back this asset with this right.